

LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA CON FINES DE ESPECIALIZACIÓN SANITARIA

Joaquín García Murcia
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Oviedo

Como es sabido, la relación laboral especial “de residencia” para adquirir el título de especialista sanitario fue creada por la Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias (disposición adicional primera), que también dio alguna indicación sobre sus contornos y su contenido (art.20). Fue aludida, asimismo, por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprovechó la aprobación del Estatuto marco del personal estatutario en los servicios de salud para proporcionar algunas reglas sobre la jornada y el tiempo de trabajo de los residentes (disposición transitoria primera), una materia, precisamente, en la que ya había empezado a proyectarse, por obra de la jurisprudencia, la correspondiente ordenación armonizadora de la Comunidad Europea (sentencia TS de 18 de febrero de 2003). Se trataba de un trabajo, por lo demás, respecto del que no se podía decir que estuviese absolutamente ayuno de regulación (contaba, por ejemplo, con el RD 127/1984, de 11 de enero, entre otras normas), pero en el que, al mismo tiempo, se habían planteado muchas y razonables dudas acerca de su calificación jurídica y de su inserción en el ordenamiento laboral, finalmente aceptada tanto por la legislación (a través de la Ley 24/1982, de 16 de junio, principalmente) como por la jurisprudencia (que solía hablar de un contrato formativo especial, no equiparable exactamente al contrato en prácticas, como dijera las sentencias TS de 15 de febrero de 1999 y de 10 de enero de 2005). 2003, 3805).

Pues bien, la citada relación laboral especial ha sido efectivamente reglamentada por el RD 1146/2006, de 6 de octubre, que entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial (BOE 7 de octubre, que curiosamente era domingo). Con la puesta en marcha de esta nueva norma queda plenamente sustituido el anterior sistema de formación, que se regía básicamente por lo dispuesto en el citado RD 127/1984, de 11 de enero, al que acompañaba alguna otra norma reglamentaria (para profesiones sanitarias distintas de los médicos), dentro todo ello de la cobertura legal, muy esquemática ciertamente, de la también mencionada Ley 24/1982, de 16 de junio (que especificaba una cuestión esencial como la relativa a la duración del contrato). Es llamativo, desde este punto de vista, que tanto la Ley 44/2003 como el RD 1146/2006 tan sólo extiendan sus declaraciones derogatorias a esa Ley de 1982 y a ciertos puntos de la regulación reglamentaria de los enfermeros especialistas (contenida en el RD 992/1987 y en sus normas de desarrollo), sin alusión alguna al RD 127/1984, que, pese a ser la norma principal en la materia durante ese periodo, ni siquiera aparece en la exposición de motivos de la nueva regulación. No debe haber dudas, sin embargo, acerca de la pérdida de vigor de este reglamento de los ochenta, al menos en todo lo que suponga contradicción con la que ahora empieza su andadura, cuyo efecto derogatorio alcanza a “cuantas disposiciones de igual o infe-

rior rango se opongan” a la misma (disposición derogatoria única RD 1146/2006), sin perjuicio de que se mantengan los “derechos adquiridos” por los residentes al amparo de esas normas anteriores, siempre que supongan condiciones más beneficiosas para ellos (disposición transitoria cuarta RD 1146/2006). Se deja vigente, con todo, alguna norma precedente, como el RD 450/2005, de 22 de abril, sobre especialidades de enfermería, aunque con algunas indicaciones de tipo transitorio (disposición transitoria tercera RD 1146/2006).

Como ya hiciera la Ley 44/2003, con la nueva regulación cambia sustancialmente la configuración dogmática de esta relación de trabajo, aunque no pierda su ya ganado carácter laboral. Si hasta ahora, como hemos dicho, esa actividad se había ubicado en el molde de los contratos formativos (bien es verdad que atípicos o singulares, por su particular regulación), a partir de estas nuevas normas pasa a generar una relación laboral de carácter especial, que se añade así al cuadro previo del art.2 del Estatuto de los Trabajadores (aun cuando no se reforme este precepto legal). Conviene recordar también que este nuevo marco normativo tiene mayor amplitud formal y funcional que el existente con anterioridad, fundamentalmente porque procede de una disposición legal (la Ley 44/2003) que se dedica a la totalidad de las profesiones sanitarias, y no sólo a las de medicina o enfermería, que parecían ser el destino natural del anterior. El concepto y el alcance de “profesión sanitaria” son, en efecto, los que proporciona la propia Ley 44/2003 en sus preceptos iniciales (2 y 3, básicamente). El RD 1146/2006, por otra parte, es aplicable al conjunto del territorio estatal (por su pertenencia al ámbito de la legislación laboral, regida a estos efectos por la cláusula del art.149.1.7ª CE), siempre que las actividades formativas se desarrollen en centros sanitarios acreditados, que pueden ser públicos o privados (conforme a lo dispuesto en los arts.26 y sig. de la Ley 44/2003). No en vano, el título de especialista que se obtenga “tiene carácter oficial y validez en todo el territorio del Estado” (art.16.2 RD 1146/2006).

El RD 1146/2006 necesita, no obstante, el complemento de otras muchas normas, de variada índole y condición. Por lo pronto, las normas sanitarias (en especial, la Ley 44/2003 y la Ley 55/2003) constituyen un imprescindible punto de referencia para muchos aspectos de este trabajo, al mismo tiempo que proporcionan, como dijimos, algunas indicaciones de aplicación expresa y directa a los residentes; actúan, sobre todo, como soporte normativo de carácter general para la organización de las actividades formativas (que están diseñadas a grandes rasgos en sus arts.20 a 32, y que van siendo especificadas, para cada especialidad, por la correspondiente orden del Ministerio de Sanidad y Consumo). El sistema normativo de los “residentes” se completa, por otra parte, con el Estatuto de los Trabajadores y con las restantes normas laborales de carácter general, que valen aquí como normas supletorias (art.1.4), sin perjuicio de las remisiones directas que en ocasiones incluye esta regulación especial. Como es natural, tanto los convenios colectivos como el contrato de trabajo pueden actuar también como fuente reguladora de esta relación laboral, conforme a los criterios de jerarquía ya conocidos en el Derecho del Trabajo (art.3 ET, al que implícitamente se refiere el art.1.4 RD 1146/2003), aun a sabiendas de que no estamos ahora en un terreno muy propicio para la autonomía de la voluntad, por su proximidad con el ámbito público o de régimen administrativo; tampoco parece que lo sea, por cierto, para los usos y costumbres, a los que por lo demás no se hace alusión alguna en esta norma especial, tal vez porque en este contexto laboral no tienen mucha tradición. A todo ello habrá que unir, desde luego, la normativa comunitaria de referencia, que puede ocuparse, como lo viene haciendo, del tiempo de trabajo, pero que también puede entrar y entra en efecto en otras cuestiones de interés, como la libre circulación de profesionales y trabajadores, o el reconocimiento de títulos y diplomas. No parece que haya espacio, sin embargo, para normas autonómicas, a las que no compete la regulación del trabajo asalariado y que, por ello mismo, tan sólo podrían actuar en la periferia de esta relación espe-

cial, esto es, en lo que se refiere a la ordenación del medio sanitario correspondiente.

El objeto del RD 1146/2006 no es otro, evidentemente, que el de regular una situación laboral, que por definición es temporal y transitoria, de preparación para el acceso a una primera especialidad a una nueva especialización o a una capacitación específica, siempre mediante el sistema de residencia (arts.15, 23 y 25 de la Ley 44/2003). Siendo así, una de las cuestiones más relevantes para esta regulación es la relativa al “tiempo de dedicación” del interesado, que no es exactamente o solamente tiempo de trabajo sino más bien tiempo disponible para adquirir la formación necesaria o suficiente para ejercer con solvencia su especialidad sanitaria. Esta cuestión presenta a su vez esencialmente dos dimensiones, principalmente: la organización institucional o administrativa de la formación, y la ordenación de los tiempos de trabajo y de descanso, junto a otros aspectos conexos de la relación laboral, como las interrupciones o rupturas temporales de la actividad.

La primera de esas facetas pertenece sobre todo a las normas sanitarias y, en particular, a la Ley 44/2003 y a las órdenes de desarrollo que a tal efecto vaya dictando el Ministerio de Sanidad, que ya se han dictado, por cierto, para buen número de profesiones sanitarias (junto a la ya citada de Enfermería): Medicina del Trabajo (Orden 1526/2005, de 5 de mayo), Medicina Preventiva y Salud Pública (Orden 1980/2005, de 6 de junio), Alergología (Orden 3081/2006, de 20 de septiembre), Endocrinología y Nutrición (Orden 3122/2006, de 20 de septiembre), Farmacología Clínica (Orden 3129/2006, de 20 de septiembre), Oncología Radioterápica (Orden 3142/2006, de 20 de septiembre). La Ley 44/2003 habla a este respecto de una formación reglada y de carácter oficial (art.15), con las características que vaya fijando el Gobierno (arts. 16, 17 y 18), pero siempre con la exigencia de que incluya formación teórica y práctica, que se desarrolle a tiempo completo y que sea evaluada periódicamente (art. 20). También se ocupa la Ley 44/2003 de las líneas generales de los programas

formativos (que habrán de elaborarse en el seno de la correspondiente Comisión Nacional de la Especialidad, ser aprobados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, y publicarse oficialmente, según su art.21), de las condiciones de acceso a los correspondientes programas (art.22) y, en fin, de las condiciones de acreditación de centros y unidades docentes, de las instancias competentes para la organización y seguimiento de las actividades formativas, y del registro de las especialidades existentes (arts. 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32).

Muy relacionados con la formación se encuentran dos grupos de previsiones del RD 1146/2006. Por un lado, las que hacen hincapié en la obligación del residente (que también es un derecho, dicho sea de paso) de seguir correctamente el pertinente programa de formación, de acuerdo con las instrucciones de su tutor o de los correspondientes órganos de dirección, y con sujeción a las normas de funcionamiento del centro respectivo (art.4.2). Por otro, las que se ocupan de la evaluación continua del residente, que entra en juego una vez superadas las pruebas reglamentarias, que está dirigida, naturalmente, a comprobar si su estancia en el centro correspondiente rinde los frutos o el aprovechamiento esperado, y que se concibe reglamentariamente como ingrediente necesario del sistema y, al mismo tiempo, como derecho del profesional (art.4.1). La evaluación se atribuye en principio a comisiones de docencia (o, en algunos casos, comisiones “asesoras”: disp.adic.sexta RD 1146/2006), que actúan bajo la programación y supervisión de la Comisión Nacional de la correspondiente especialidad (arts.27 y 28 Ley 44/2003). Tanto las evaluaciones anuales como la final pueden someterse a revisión (cuyo procedimiento, para las negativas, se encuentra en la disposición adicional quinta RD 1146/2006).

La segunda de aquellas facetas entronca más claramente con la actividad laboral, y ha de afrontarse necesariamente a partir de dos circunstancias muy particulares que concurren en este trabajo: de un lado, la prestación de servicios sanitarios, que siempre requieren una organización especial del

tiempo de disposición y dedicación del profesional; de otro, la finalidad de aprendizaje y práctica propia del periodo de “residencia”, que, como en cualquier otra especialización profesional de alto nivel (como la de piloto de navegación aérea, por citar un ejemplo), requiere tiempos “efectivos” de trabajo, y no meramente periodos de vinculación formal o de simple puesta a disposición. Todo ello explica la minuciosidad del art.5 RD 1146/2006 (que se ha de entender inscrito en el marco general que para el tiempo de trabajo marca tanto la normativa comunitaria, a la que ya hicimos referencia, como las leyes generales sobre el trabajo sanitario, entre ellas la Ley 44/2003, en su disposición adicional primera). También explica las cautelas que introduce esa misma norma reglamentaria a propósito de las vacaciones (art.7), de la suspensión del contrato (art.9) o de la aplicación de las facilidades legalmente previstas para atender hijos o familiares (disposición adicional tercera), así como la exclusión expresa de la dedicación a tiempo parcial y la regla general de incompatibilidad con otras actividades, salvo, se podría decir, aquellas que contribuyan a la formación del residente (arts.5.3 y 4.2.a).

En principio, el régimen de trabajo y descansos será el que se establezca en cada servicio de salud a través del correspondiente convenio colectivo o, en su defecto, el establecido en normas legales, reglamentarias o pactadas para el personal estatutario de la especialidad que se curse, siempre con el límite máximo de 37’5 horas semanales de promedio semestral (pudiendo variar por lo tanto de unas semanas a otras, y exceder de esa cifra algunas semanas), salvo que por pacto o convenio se establezca otro cómputo. No parece que por pacto individual se pueda fijar una jornada singular, puesto que el buen seguimiento de la actividad formativa requiere una ordenación general o colectiva: como dice el art.5.2 RD 1146/2006, la jornada deberá asegurar siempre el cumplimiento del programa formativo, evitando que la asignación, distribución o duración del tiempo de trabajo efectivo perjudique la formación. Por esa misma razón, no cabe jornada a tiempo parcial, como ya hemos dicho.

Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente deberá mediar como mínimo un descanso de 12 horas. En todo caso, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido (por jornada ordinaria “excepcional” o por horas complementarias, o por ambas circunstancias conjuntamente), el residente tendrá un descanso mínimo de 12 horas, salvo casos de “especial interés formativo” o problemas organizativos insuperables (en cuyo caso se aplicará el régimen de descansos alternativos del art.54 Ley 55/2003). No se prevén horas extraordinarias, pero sí tiempos especiales de trabajo (que parecen ser las tradicionales “guardias”, que por otra parte no pueden superar el máximo de siete al mes), que pueden exigirse o bien por esas razones excepcionales o bien en forma de “horas complementarias”, y que habrán de estar previstas en el programa formativo (y que tal vez tengan la misma razón de ser que la “jornada complementaria” prevista para el personal estatutario en el art.48 Ley 55/2003). En todo caso, y como marco general anual de carácter máximo, se prevé la aplicación gradual de las limitaciones de jornada ya previstas para el personal estatutario en la Ley 55/2003 (disposición transitoria primera RD 1146/2006). Con fines de conciliación de la vida laboral y familiar, el residente tiene derecho a una organización de su horario de trabajo que le permita realizar jornadas diarias no superiores a 12 horas en el supuesto de embarazo, guarda legal (de menor o de discapacitado), cuidado directo de un familiar próximo (por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad), o guardia y custodia no compartida de un hijo menor de edad (disposición adicional tercera RD 1146/2006).

Se reconoce el derecho a las fiestas, permisos y vacaciones previstas con carácter general en la legislación laboral, declarándose de aplicación a los residentes, en concreto, el art.37.2 ET (catorce festivos al año, en síntesis), el art.37.3 ET (permisos, previo aviso y justificación), el art.37.4 ET (interrupción o reducción por lactancia, en los términos del art.37.6), el art.37.4 bis ET (interrupción o reducción por fallecimiento u hospitalización de hijos), el art.37.5 ET (reducción por guarda legal o

cuidado directo, en aquellos mismos términos), el art.37.7 ET (reducción por violencia de género), y el art.38 ET (vacaciones según convenio o pacto individual, con treinta días naturales como mínimo), con el reconocimiento añadido de los días de libre disposición de que disfrute el personal estatutario del sistema nacional de salud (art.6 RD 1146/2006). Pero conviene recordar que tanto las fiestas como las vacaciones se habrán de fijar “atendiendo” al cumplimiento de los programas de docencia y las necesidades asistenciales.

Algunas peculiaridades dignas de mención reviste, por otra parte, el contrato laboral de los residentes, que, en términos generales, está muy afectado por el carácter público del medio de trabajo. Antes que nada, el contrato se ha de formalizar por escrito (art.2), exigencia que seguramente tiene aquí dimensión *ad solemnitatem* (al menos para que el contrato genere esta relación laboral especial), máxime cuando se impone como requisito de válida celebración la superación de los pertinentes exámenes médicos, cuando la no superación de los mismos se contempla como causa de pérdida de efectos (si ya se hubiera celebrado el contrato con anterioridad), y cuando se le atribuye un contenido mínimo que tiene mucho que ver con la delimitación de la actividad formativa. El contrato siempre será temporal (como ya exigía, comprensiblemente, la disposición adicional primera de la Ley 44/2003), con una duración inicial de un año pero susceptible de renovaciones anuales a condición de superar los correspondientes programas formativos, y con posibilidad de prórroga o complemento en ciertos casos, generalmente para completar la formación, para reiniciarla cuando hubiera sido interrumpida por causas no imputables al trabajador o, en ciertas condiciones, para subsanar las deficiencias observadas tras una evaluación negativa (art.3 y art.11.2). El contrato presenta un solo formato (o modalidad), y no admite periodo de prueba, probablemente por la existencia de ese programa de evaluaciones.

El residente tiene desde luego los derechos y deberes establecidos con carácter general por la legislación laboral, individuales y colectivos, pero a ellos se une una larga lista de derechos y deberes específicos

(art.4 RD 1146/2006). Buena parte de estos otros derechos están relacionados con la formación, que es ingrediente sustancial de este contrato: conocer el programa de formación, estar asistido por un tutor, recibir formación teórica y práctica adecuada a la especialidad, ser informado de las tareas propias de su formación y su especialidad, asumir progresivamente las responsabilidades propias de su especialidad, recibir auxilio de los miembros de la unidad correspondiente, participar en actividades docentes, investigadoras y asistenciales, registrar sus actividades, ser objeto de evaluación (y de revisión de anteriores evaluaciones, en su caso) y obtener prórroga del contrato en las condiciones dispuestas por la norma. El resto de derechos tiene ya un carácter más general, y se refiere sobre todo a su estancia en el centro o en el sistema formativo: representación en la Comisión Nacional de la Especialidad (prevista en el art.28 Ley 44/2003), adecuación de la organización del centro a la actividad docente, asistencia y protección en el ejercicio de su profesión, protección en materia de salud laboral, y conservación de la plaza salvo concurrencia de las causas de extinción del contrato reglamentariamente previstas. Ya vimos que también entran en juego deberes específicos, esencialmente ligados a la tarea de formación (art.4.2).

El contrato ha de ejecutarse en principio en el lugar asignado. Pero la norma contempla también la posibilidad de “rotación” del residente por distintos centros o unidades de formación, que seguramente puede aportarle mayor formación y experiencia. Tal rotación habrá de preverse en el correspondiente programa formativo y habrá de mencionarse por lo tanto en las cláusulas del contrato, pero también son posibles las “rotaciones externas”, esto es, a centros no previstos en dicho programa, siempre que se cumplan determinadas exigencias: propuesta y autorización por parte del centro competente, realización preferente en centros acreditados para la docencia (nacionales o extranjeros), duración no superior a cuatro meses consecutivos dentro de cada periodo de evaluación, y compromiso de la gerencia del centro de origen de abono de la totalidad de las retribuciones. Un caso singular de movilidad es el previsto para la

residente que sufra violencia de género (disposición adicional cuarta RD 1146/2006), que si se viera obligada a abandonar su puesto de trabajo tendría derecho a otra plaza de la misma titulación y especialidad, en otra localidad o en otra Comunidad Autónoma, si existiera vacante. En caso de traslado, la plaza de origen quedará reservada durante seis meses.

La retribución de los residentes depende en principio de su lugar de destino (art.7 RD 1146/2006). Para los que presten servicios en centros del sistema nacional de salud se ha optado por su asimilación a los empleados públicos y, en concreto, al personal estatutario, salvando las distancias: depende en última instancia de las leyes de presupuestos de cada año, se compone de sueldo más complementos (“de grado de formación”, que compensa la progresiva adquisición de conocimientos y asunción de responsabilidades”, y de atención continuada, que remunera la atención a los usuarios), con el añadido de un plus de residencia para los territorios en que esté establecido (y alguna regla particular para la Comunidad Foral de Navarra, según la disposición adicional primera del RD 1146/2006), y de dos pagas extraordinarias (aunque la aplicación de este sistema será gradual: disposición transitoria segunda RD 1146/2006). Para los que trabajen en centros privados será de aplicación el convenio colectivo correspondiente, aunque con aplicación en todo caso de los mínimos anteriores.).

Muestra de la cercanía de este personal al personal estatutario del sistema nacional de salud, pese a su carácter laboral, es la aplicación de su tabla de faltas (art.13 RD 1416/2006, que remite así al art.72 Ley 55/2003), salvo que exista convenio colectivo que disponga otra cosa, reglas éstas que sirven tanto para los residentes en centros públicos de salud como para los que trabajen en centros privados, y que van acompañadas de la precisión de que no se consideran infracción a estos efectos, en todo caso, las faltas de asistencia que no computen para la aplicación de la causa de despido prevista en el art.52.d) ET (art.13.3). Las sanciones previstas son

las de apercibimiento (falta leve), suspensión de empleo y sueldo hasta un máximo de dos meses (grave) y despido (muy grave), y sólo podrán imponerse previa comunicación por escrito al interesado para que alegue en su descargo, comunicación que habrá de dirigirse asimismo a la comisión de docencia correspondiente en caso de faltas graves o muy graves, y que habrá de ir acompañada de información al comité de empresa de las muy graves (art.15). Tal notificación interrumpe el plazo de prescripción, que tiene una duración equivalente a la prevista en el art.60.2 ET (art.16).

En materia de suspensión y excedencias se aplica en principio lo dispuesto, respectivamente, en los arts.45 y 46 ET (arts.9 y 10 RD 1146/2006), aunque se excluye la vía del mutuo acuerdo y de la consignación previa en el contrato (como muestra del limitado papel de la autonomía de la voluntad en esta relación especial); también se excluye la excedencia voluntaria (con toda seguridad por su contradicción con los fines formativos de la actividad de residencia). Tanto en un caso como otro, si la interrupción del trabajo superara los dos años, el residente habrá de incorporarse a la parte del programa de formación que acuerde la comisión de docencia de la especialidad (aunque suponga la repetición de periodos evaluados positivamente), “dado el carácter esencialmente formativo de esta relación laboral y los rápidos avances de las ciencias de la salud” (arts.9.2 y 10.2).

La extinción del contrato cuenta de cualquier modo con mayores especialidades, desde el momento en que el RD 1146/2006 proporciona una lista propia de causas, en muchos casos con precisión o modalización de sus efectos (art.11), lo cual hace pensar en principio en la exclusión de una aplicación automática de lo dispuesto en la legislación laboral común (art.49 ET), sin perjuicio de que se acojan algunas de sus previsiones por vía de remisión, como sucede en los casos de muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario, de extinción de la personalidad jurídica contratante, de fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, de despido colec-

tivo, y de resolución por incumplimiento del empresario (causas que, ciertamente, son de uso muy hipotético en este contexto, y que podrán tener incidencia sobre todo en el supuesto de que el residente trabaje en centros privados):. También se trasladan a esta reglamentación específica algunas de las causas generales de extinción (como el despido disciplinario, la jubilación, muerte, gran invalidez o invalidez permanente del trabajador, y la dimisión particular de la trabajadora víctima de violencia de género), pero con el añadido de algunas indicaciones especiales a propósito de sus efectos (si el despido se declara improcedente es el trabajador el que tiene en todo caso el derecho de opción entre readmisión e indemnización) o de alguna advertencia sobre su manera de operar (la posibilidad de suspensión provisional del contrato en caso de incapacidad permanente, conforme al art.48.2 ET). En fin, la extinción por “renuncia voluntaria” del trabajador (expresa o tácita) no parece que sea más que una modalidad de dimisión.

Con todo, la mayor relevancia probablemente la ofrezcan las causas de extinción del contrato que aporta específicamente el RD 1146/2006. Buena parte de ellas está ligada al proceso de evaluación, tanto en su aspecto positivo (la superación de la evaluación del último año supone la finalización

del contrato, sin indemnización), como en el negativo (la evaluación negativa intermedia o final, al margen de que se pida o no revisión, es asimismo causa de extinción, de nuevo sin derecho a indemnización). También es específica la extinción por pérdida de la pertinente acreditación por parte del centro de formación de especialistas, o por superación de un periodo de seis meses de suspensión del contrato por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Tanto en estos dos últimos casos, como en la extinción por causas que afectan al empresario o por motivos de violencia de género, la Administración sanitaria deberá ofertar a los residentes la posibilidad de continuar su formación en otras unidades docentes, con convalidación de los periodos de formación superados, aunque con la exigencia de celebrar un nuevo contrato con la nueva entidad (art.11.2 RD 1146/2006). Por lo demás, y con carácter general, la extinción del contrato supone la extinción de los derechos derivados de la superación de la correspondiente “prueba nacional selectiva”, por lo que para acceder a un programa de formación de la misma especialidad o de otra diferente, habrá que superar de nuevo dicho proceso de selección (art.11.4 RD 1146/2006).

LA CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: DIMENSIÓN JURÍDICA.

Juan Luis Beltrán Aguire
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO CAPAZ Y AUTÓNOMO: ORDENAMIENTO CIVIL. III. LA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA. 1. Normativa sectorial. A. Legislación de ámbito estatal. B. Legislación autonómica. 2. El derecho del menor a recibir información sanitaria. 3. El derecho del menor maduro a la autodeterminación decisoria sobre su salud. 4. La restricción del derecho del menor maduro a formular instrucciones previas y sus excepciones en la legislación autonómica. 5. El derecho del menor maduro a la confidencialidad de sus datos clínicos. La pretendida colisión con el derecho de los padres o tutores a la información sobre esos datos. 6. El derecho de los adolescentes a recibir información y educación para la salud sexual y la inexistente colisión con los derechos a la libertad ideológica y religiosa de sus padres. IV. SUPUESTOS ESPECIALES. 1. La interrupción voluntaria del embarazo. 2. El derecho fundamental del menor de edad a la libertad religiosa y a la integridad física. Su relevancia a efectos de su oposición a un tratamiento médico. 3. El derecho de la menor madura a la prescripción y dispensación de la píldora postcoital.

I. INTRODUCCIÓN.

La expresión “menor maduro” se utiliza para identificar a las personas legalmente menores de edad, pero con capacidad suficiente para involucrase en la toma de decisiones atinentes a su persona. A partir de los años ochenta, nuestras legislaciones, tanto la civil y penal como la específica reguladora de la protección de menores y, desde luego, la sanitaria, han avanzado bastante con relación a este tema reconociendo al menor de edad con madurez suficiente su capacidad de autodeterminación en el ámbito de los derechos de la personalidad y, por ende, sobre su salud en general y, en particular, sobre su salud sexual y reproductiva. Pero tal conjunto normativo es técnicamente imperfecto por estar disperso en distintas leyes que han regulado el tema parcialmente y con cierta desconexión entre sí

(por ejemplo, en la legislación sanitaria se entremezclan materias de derecho civil y de derecho sanitario)¹. De ahí que no esté exento de dudas interpretativas o, incluso, de interpretaciones aparentemente contrarias al tenor literal o gramatical de los preceptos legales, posiblemente por razón de posturas ideológicas contrarias a la teleología de dichos preceptos. En cualquier caso, su aplicación en el ámbito médico-clínico plantea actualmente innumerables preguntas así como continuos problemas prácticos de aplicación.

En este contexto, es objeto de esta ponencia tratar de describir el régimen jurídico aplicable a los

¹ Véase al respecto M^a A. PARRA LUCÁN, *La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, en Aranzadi Civil, núm. 2/2003, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003.

menores de edad en el ámbito de la salud, para, seguidamente, detenernos en aquellos supuestos que mayor conflictividad interpretativa padecen actualmente

II. EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO CAPAZ Y AUTÓNOMO: ORDENAMIENTO CIVIL.

Es bien conocida la importante construcción teórica culminada a lo largo de la segunda mitad del siglo XX sobre el principio de que los derechos de la personalidad y otros derechos civiles pueden y deben ser ejercitados por las personas desde el momento en que tengan juicio natural suficiente, hecho o circunstancia que en la mayoría de las personas sucede bastante antes de los dieciocho años², y de cómo esta construcción teórica ha tenido su reflejo en las Convenciones internacionales y en las legislaciones nacionales. El ordenamiento jurídico español ha incorporado también estas tendencias. Veámoslo sucintamente.

El artículo 154 del Código Civil establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, y que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Por su parte, el artículo 162.1º de este Código, según la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, exceptúa de la necesidad de consenso y aceptación de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad (que son los derechos básicos inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo: la salud, la vida, la integridad física, etc.) que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. A su vez, el artículo 319 establece que se reputará para todos los efectos como emancipado el hijo mayor de 16 años que con

el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos.

La ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la integridad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 3 dispone que “*El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*”

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara en su preámbulo que el ordenamiento jurídico, y la Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. Destaca que el conocimiento científico actual permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos, y que de esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Seguidamente, advierte cómo el desarrollo posconstitucional refleja esta tendencia introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad, puesto que el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan, hasta el punto de que las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse siempre de forma restrictiva. Y así, en su artículo 2.2 establece que “*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*” y que “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.*” Y en su artículo 9 dispone que “*El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento*

² P. SIMÓN LORDA, *La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias. Un problema ético y jurídico*, Revista Española de Pediatría, 1997, advierte de cómo los estudios de psicología evolutiva de la moralidad demuestran que la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez moral entre los 13 y los 15 años.

administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.”

III. LA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA.

1. Normativa sectorial.

A. Legislación de ámbito estatal.

Los postulados de la Ley Orgánica del Protección Jurídica de Menor, tienen inmediato reflejo en la legislación sanitaria, tanto estatal como autonómica. En el ámbito de la legislación estatal, por su enorme trascendencia al respecto, resulta obligado hacer referencia a dos normas. Un Convenio internacional y una ley básica estatal.

El Convenio de 4 de abril de 1997 para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo y ratificado por instrumento de 23 de julio de 1999, en su artículo 6.2 establece que *“La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.”*

Y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica estatal, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Respecto al derecho de información sanitaria su artículo 4.1 establece que *“los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma.”* Seguidamente, en el artículo 5.1 dispone que *“el titular del derecho a la infor* En lo referente al derecho a la confidencialidad de los datos sanitarios, establece su artículo 7 que *“toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.”* Y el artículo 9.3 c),

in fine, dispone a su vez que *“sólo en caso de actuación de grave riesgo en el menor maduro se informará a los padres y su opinión será tenida en cuenta.”*

En cuanto al derecho a otorgar el consentimiento informado, su artículo 9.3 c) establece que se otorgará el consentimiento por representación, *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”* Y su artículo 9.4 dispone que *“La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.”*

Finalmente, en su artículo 11.1 sólo permite suscribir el documento de instrucciones previas a las personas mayores de edad, capaces y libres.

B. Legislación autonómica.

Como es bien conocido, la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, fue precedida de algunas leyes autonómicas y ha sido desarrollada y complementada tras su promulgación por otras leyes autonómicas³.

³ - Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica.

- Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo.

- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón, de Salud (artículo 14).

Quizás, la mayor crítica que se puede hacer a la legislación autonómica promulgada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es que no ha sabido desarrollar convenientemente la ley básica estatal perfeccionando con mejor técnica legislativa algunos de los confusos y farragosos preceptos de dicha ley básica, tales como, en lo que aquí nos importa, el 9.3 c), que hace una incompleta definición de la mayoría de edad sanitaria por vía negativa (por ejemplo, no contempla específicamente al menor maduro entre 12 y 16 años) y el 9.4, que, en temas trascendentes para las menores de edad como el de la interrupción voluntaria del embarazo, se limita a decir que se regirá por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación, remisión obviamente bastante confusa por indeterminada y por ello fuertemente criticada por la doctrina⁴.

La mayoría de las leyes autonómicas posteriores a la básica estatal se han limitado a copiar dichos preceptos legales transcribiéndolos literal-

mente y sin añadir nada más, técnica ésta de reproducción mimética de normas básicas criticada por el Tribunal Constitucional por su inadecuación al sistema de fuentes ya que puede mover a la confusión normativa como ocurre en aquellos casos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose, sin embargo, vigente el que lo reproducía (STC 162/1996, de 17 de octubre, f. J. 3, entre otras). Ciertamente que algunas leyes autonómicas no se han limitado a copiar, incluso, como veremos, han hecho algún desarrollo interesante. No obstante, en lo que hace a la mayoría de edad sanitaria se han limitado a hacer su definición en positivo, no en negativo, sin añadir prácticamente nada. Todas las que se han referido a las excepciones, han copiado literalmente el artículo 9.4.

Sin embargo, la misión de la legislación autonómica de complementación o desarrollo de la básica estatal no es limitarse a copiarla más o menos literalmente, sino la de complementarla, desarrollarla y, en su caso, perfeccionarla cuando sea necesario. Los títulos competenciales al amparo de los que se ha dictado la Ley básica son el artículo 149.1.1 y el 149.1.16 CE. La jurisprudencia constitucional ha delimitado el sentido y alcance del artículo 149.1.1 CE, afirmando que este precepto "más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas "condiciones básicas" uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales" (STC 178/2004, entre otras). Desde una perspectiva de delimitación negativa, ha manifestado que dicho precepto "no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad", de manera que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada de cada uno de aquellos derechos y deberes. En consecuencia, las Comunidades Autónomas pueden

-
- Ley 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja, de Salud, (artículo 6).
 - Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, modificada por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril.
 - Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Cantabria, de Ordenación Sanitaria (artículos 31 y 32).
 - Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad.
 - Ley 1/2003, de 28 de enero, de Valencia, sobre derechos e información al paciente.
 - Ley 5/2003, de 4 de abril, de Baleares, de Salud (artículo 12.6).
 - Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.
 - Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada.
 - Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura, de información sanitaria y autonomía del paciente.
 - Ley 3/2005, de 23 de mayo, de Madrid, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas.
 - Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad.
 - Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla-La Mancha, sobre la declaración de Voluntades Anticipadas.
 - Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Baleares, de Voluntades Anticipadas.

⁴ Véase por toda, M^a A. PARRA LUCÁN, cit. p. 16.

promulgar normas que complementen el régimen de estos derechos en la medida en que tengan competencias al respecto. En cuanto a las normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.16 CE deben desarrollarlas regulando el amplio espacio reservado a la competencia de la Comunidad Autónoma, espacio de libre conformación, obviamente dentro de las bases, en el que la Comunidad Autónoma plasmará su propia política en la materia. Finalmente, pueden y deben perfeccionar la norma básica regulando convenientemente mediante una exégesis adecuada el auténtico contenido y alcance de los preceptos básicos que resulten confusos o insuficientes, evitando así las dudas interpretativas que generan.

En la materia que nos ocupa, desafortunadamente, no ha sido así. Por tanto, cabe afirmar que, salvo muy concretas excepciones que comentaré, nada ha aportado que mejore la deficiente legislación básica estatal. Consecuentemente con esta apreciación, la ignoraré y me centraré en la básica estatal.

2. El derecho del menor a recibir información sanitaria.

El usuario, que ya no debería denominarse “paciente” sino enfermo, tiene derecho a saber, a saberlo todo sobre su estado de salud y sobre el tratamiento a aplicar y sus consecuencias. Y paciente lo es el mayor y el menor de edad. En consecuencia, la relación clínica médico-menor debe estar hoy alejada del paternalismo basado en la tradición hipocrática en cuya virtud el paciente, en nuestro caso el menor, por su falta de conocimientos debía tener una actitud pasiva y plenamente confiada en el médico. La relación clínica debe ser, no vertical, sino horizontal, en la que haya un fluido proceso de información entre médico y paciente para que este pueda ejercer plenamente su derecho a la autonomía.

Y no cabe duda de que la Ley básica estatal, aunque en el ámbito de la información no haga mención específica del menor, sienta el derecho, no sólo de los menores maduros, sino de todos los me-

nores a recibir suficiente información sobre las actuaciones médicas que se plantea hacer sobre su persona. Información que ha de ser veraz, evitando engaños, expresada en términos que el menor sea capaz de entenderla y asimilarla. Incluso la información ha de darse a los menores de 12 años, si bien obviamente se dará en términos que sean capaces de comprender (por ejemplo, en temas como el calendario vacunal o tratamientos específicos como el de leucemia a un niño de 10 años, o sobre salud sexual y reproductiva a adolescentes de 13 años).

Ya he dicho que la Ley básica estatal se refiere al paciente sin hacer mención especial a los menores. Por el contrario, algunas leyes autonómicas han regulado este derecho de los menores haciendo un auténtico desarrollo legislativo.

Así, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León, regula el derecho a la información sanitaria de los menores en los siguientes términos:

Artículo 5. 1. Toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente.

2. Aun cuando la capacidad se encuentre limitada, ha de garantizarse que la aportación de información y la participación en la toma de decisiones sean las máximas posibles en función de las facultades de la persona, sin perjuicio de que dicha capacidad deba ser completada o sustituida, dependiendo del caso, por otra persona o institución.

Por su parte, el artículo 18.2 dispone que

Los menores tendrán derecho a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico al que sean sometidos en un lenguaje

adecuado a su edad, madurez y estado psicológico, y en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

3. El derecho del menor maduro a la autodeterminación decisoria sobre su salud.

De los transcritos artículos 9.3, 9.4 y 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pueden extraerse las siguientes reglas generales:

a) Si el menor está emancipado o ha cumplido los dieciséis años de edad aunque siga sometido a la patria potestad, se presume que tiene suficiente madurez para evaluar y decidir sobre el tratamiento médico, razón por la que le corresponde exclusivamente a él dar el consentimiento. Sólo en caso de actuación de grave riesgo los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente, si bien no con carácter determinante. La Ley básica estatal presume la madurez del menor a partir de los dieciséis años de edad, esto es, presume que con esa edad posee una capacidad natural de juicio para comprender y evaluar el acto médico a efectos de aceptarlo o rechazarlo. Por tanto, solamente ante una incapacidad formalmente declarada o ante una razonable apreciación de que, a pesar de haber cumplido los dieciséis años o estar emancipado, carece de madurez suficiente, cuestión ésta que deberá acreditarse suficientemente, es cuando el médico deberá acudir a los padres o representantes legales para suplir tal falta de madurez o de juicio natural.

b) Si el menor ha cumplido doce años y no alcanza los dieciséis, el consentimiento, de entrada, lo prestara el representante legal, los padres normalmente, pero en todo caso deberá ser escuchado previamente y, obviamente, tenida en cuenta su opinión. Esto es lo dice la Ley. Así pues, nada regula respecto del menor entre doce y dieciséis años capaz de comprender el alcance de la intervención. Pues bien, armonizando el artículo 9.3 con el 162 del Código Civil, ha de concluirse que si el menor entre 12 y 16 años es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la actuación médica,

esto es, tiene madurez y capacidad suficiente para entender las consecuencias de la intervención, debe dar personalmente el consentimiento, no pudiendo ser ni sustituido ni complementado con el de sus padres o representantes legales⁵. Y es que debe aceptarse sin reservas que un menor de edad puede tener madurez para prestar el consentimiento informado por sí mismo antes de los dieciséis años⁶. En consecuencia, sólo cabe el consentimiento por representación respecto de los comprendidos entre doce y dieciséis años cuando no sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.⁷

c) Es más, en caso de conflicto entre la voluntad del menor con suficiente capacidad de juicio, tenga la edad que tenga, y la de sus padres o representantes legales, deberá prevalecer la voluntad del menor, en aquellos actos que afecten a la salud, a la vida, a la integridad física, etc. pues estamos ante derechos de la personalidad. No cabe duda de esto en actuaciones en las que no corre peligro la vida del menor (vacuna antigripal, empastes, cirugía estética, etc.). Si corre peligro su vida el tema es más delicado. Luego volveré sobre este punto.

d) Se asienta el criterio de “apreciación sobre la capacidad intelectual y emocional del menor” para comprender el alcance de una actuación médica, como elemento objetivo básico ineludible para, en su caso, acudir al consentimiento por representa-

⁵ Este es el criterio defendido por la mayoría de la doctrina. Así, J. C. GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Editorial Colex, Madrid, 1997, p.34, y M. BENAC URROZ, “La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado.” En la obra colectiva *Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica. Estudio sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 94.

⁶ Piénsese que el artículo 7.3 a) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, exige el consentimiento de los representantes y la comunicación al Ministerio Fiscal, pero también el consentimiento del menor que se someta al ensayo si tiene doce años o más, lo que es un claro reconocimiento de la capacidad del menor.

⁷ No obstante, en general, las leyes autonómicas, que tampoco regulan expresamente el supuesto del menor de entre 12 y 16 años maduro, se inclinan implícitamente por exigir la intervención del representante legal.

ción. Si existen dudas objetivas sobre la madurez del menor, ante la discrepancia entre el menor y sus padres o representante legal en torno a una intervención, si ésta no es urgente será el Juez quien decida⁸ y si lo es el médico podrá actuar contra la voluntad de los padres o representantes legales buscando siempre el beneficio del menor.

e) Es indispensable el consentimiento de los padres o tutores en los supuestos de trasplante de órganos (artículo 4.ª de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y artículo 156 del Código penal)⁹, esterilización (artículo 156 del Código penal), cirugía transexual (artículo 156 del Código penal), práctica de ensayos clínicos (artículo 7.3 a) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que también exige el consentimiento expreso del menor, y artículo 60. 4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional del medicamento)¹⁰ y práctica de técnicas de reproducción humana asistida (Ley 35/1988, de 2 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre). En todos estos casos, conforme al artículo 9.3 c) también es necesario el consentimiento del menor si es maduro¹¹.

Estas reglas generales extraídas directamente de la exégesis del artículo 9.3 y 4, pueden ser complementadas por referencia a algún pronunciamiento

judicial. Por su enorme valor como pauta interpretativa respecto a la capacidad de los menores de 16 años procede citar y comentar aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, que enjuicia el caso de un niño de 13 años, testigo de Jehová, a quien se intenta transfundir sangre contra su voluntad y contra la opinión de los padres, que finalmente muere. Aunque la transfusión había sido autorizada judicialmente, los médicos no se atrevieron a practicarla al advertir la fuerte y decidida reacción contraria del niño de 13 años, por considerarlo contraproducente. El Tribunal Supremo condenó a los padres por homicidio imprudente al no convencer a su hijo para aceptar la transfusión y ser garantes del mismo, a pesar de que aceptaron la autorización judicial a la transfusión. El Tribunal Constitucional, por el contrario, estimó el recurso de amparo interpuesto por los padres al considerar que no les era exigible una conducta distinta a la que desarrollaron pues lo contrario hubiera vulnerado su derecho a la libertad religiosa. En la ponderación que le corresponde hacer, considera que no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza que el menor fallecido de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, por lo que entiende que la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto a la decisión que ellos debían adoptar. No obstante, el Tribunal hace notar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica pone de manifiesto que había en él unas convicciones y una consciencia en la decisión asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a estos. Resulta, pues, evidente el peso que el Tribunal Constitucional da a la opinión y voluntad de un niño de trece años que muestra una convicciones claras respecto a una actuación médica. Ciertamente, el Tribunal no entra a valorar la autonomía de este menor por que no constaba que tuviera suficiente madurez. Pero, a *sensu contrario*, de haberse comprobado madurez suficiente en el menor el Tribunal Constitucional

⁸ El artículo 158.4 del Código Civil permite al Juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Fiscal, dictar la disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicio. En la práctica, éste es el cauce utilizado por los médicos para solicitar autorización judicial para efectuar una intervención no consentida por los padres.

⁹ Sin embargo, el artículo 20 del Convenio de Oviedo establece la regla de la necesidad de que el consentimiento para extracción de órganos y tejidos para trasplantes lo preste únicamente el propio sujeto cuando tenga plena capacidad para prestar su consentimiento.

¹⁰ Este régimen de autorización no es aplicable al uso compasivo de medicamentos, que en el caso de menores se acomodará al régimen general del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹¹ La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, no estableció la triple excepción del artículo 9.4 de la Ley básica estatal. Es más, en la modificación operada por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, al objeto de acomodarla a la básica estatal, tampoco se recogen estas tres excepciones.

hubiera concluido que no quedaba representado por sus padres y que podía decidir por sí solo.

Evidentemente, el problema, más fáctico que jurídico, está en determinar en cada situación concreta si el menor posee juicio natural o madurez suficiente a efectos de valorar si su consentimiento es o no jurídicamente relevante. Esta valoración, con toda su problemática, ha de recaer sobre el médico o el equipo médico. Y es obligado decir que el régimen establecido en la ley estatal ha sido muy criticado por la doctrina jurídica y médica por los muchos interrogantes e incertidumbre que plantea y por la inseguridad que su aplicación genera a los médicos¹². Ya he comentado que es pauta adecuada para enjuiciar la madurez del menor valorar si tiene capacidad intelectual y emocional para comprender las consecuencias de su decisión, esto es, el alcance de la intervención sobre su integridad corporal o sobre su salud, tanto en el ámbito físico como el psíquico, y las eventuales repercusiones sobre su vida futura.

4. La restricción del derecho del menor maduro a formular instrucciones previas y sus excepciones en la legislación autonómica.

Como ya conocemos, la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, exige la mayoría de edad para otorgar el documento de instrucciones previas. Sorprende esta desigualdad de trato de los menores maduros a los que, de un lado, se les reconoce plena autonomía y capacidad de decisión respecto a intervenciones médico-clínicas y, de otro, se les niega rotundamente capacidad para formular instrucciones previas. En mi criterio, se trata de una desigualdad de trato en la Ley incoherente¹³ y, desde

luego, no justificada (nada dice el preámbulo al respecto). La doctrina científica, en general, se muestra contraria a esta desigualdad de trato en la Ley y postula abiertamente la legitimación de los menores maduros, al menos de los que han cumplido 16 años, para otorgar instrucciones previas¹⁴.

Por el contrario, tres leyes autonómicas desconocen esta determinación de la Ley básica estatal y reconocen capacidad al menor maduro o al emancipado para otorgar el documento de instrucciones previas. La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, admite que los menores con madurez suficiente puedan suscribir voluntades anticipadas. Según el texto foral, deben otorgar personalmente el consentimiento informado y pueden formular voluntades anticipadas, los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años. Y en caso de menores no emancipados que no hayan cumplido los dieciséis años, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si son mayores de doce años. La Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, de la Generalidad Valenciana, en su artículo 17 también confiere a los menores con 16 años de edad y a los emancipados capacidad para otorgar el documento instrucciones previas. Finalmente, la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada, en su artículo 4.1 reconoce el derecho a otorgar el documento a los menores emancipados.

Cabe preguntarse si estas normas autonómicas, en cuanto son contrarias a lo dispuesto en una Ley básica estatal, son inconstitucionales. Analizaré el caso de la Ley Foral.

capacidad para expresar una voluntad que necesariamente, hay que convenir, no tiene por qué formarse de igual manera "a priori", antes de que la persona se encuentre en situación de riesgo vital."

¹² Parte de la doctrina opina que los supuestos de capacidad de lo menores debieron limitarse a los emancipados con emancipación concedida por los padres en escritura pública o por el juez en sentencia, sin incluir al mayor de 16 años no emancipado. De esta forma, a juicio de dicha doctrina, los médicos tendrían menos problemas de interpretación.

¹³ En contra, M^a A. PARRA LUCÁN, cit. p. 19. Entiende que no hay incoherencia ya que dada la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede explicar que se exija un plus de

¹⁴ Así, por ejemplo, J. L. REGLERO IBÁÑEZ "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español." La Ley, núm. 5570, 2002. P. 1901., J. PLAZA PANADÉS "La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica.", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 562, 2002, pp. 5 y 6, J. I. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas." Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2001.

Valorando el contenido de la Ley Foral, de entrada, conviene precisar que su preámbulo expone que la misma se dicta al amparo de las competencias asumidas en los artículos 48 y 53 de la LORAFNA. El artículo 48 se refiere a las competencias en materia de Derecho civil foral. El 53 a las competencias en materia de sanidad e higiene. No precisa en qué competencia se apoya para normar la capacidad de obrar de los menores, pero no cabe duda de que el tema de la capacidad de los menores de edad para dar el consentimiento informado y formular voluntades anticipadas es cuestión atinente a la capacidad de obrar de las personas y, como tal, incardinable en el ámbito civil, por lo que entiendo ha de encajarse en el campo del artículo 48, siendo, pues, una regulación de Derecho civil foral, no de Derecho sanitario. Dos consecuencias cabe extraer del asiento de esta regulación en la competencia asumida en el artículo 48 de la LORAFNA. La primera, que la competencia de Navarra en materia de Derecho civil foral es exclusiva, por lo que la regulación de la capacidad de obrar de los menores contenida en la Ley Foral 11/2002, prevalece sobre la contenida en la Ley 41/2002, ello por tratarse de materias competenciales distintas. La segunda, que el régimen de la Ley Foral 11/2002 será de aplicación a quienes tengan la vecindad civil navarra¹⁵.

5. El derecho del menor maduro a la confidencialidad de sus datos clínicos. La pretendida colisión con el derecho de los padres o tutores a la información sobre esos datos.

Recordemos que el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.” Al no precisar este precepto legal que el derecho a la intimidad es predica-

ble sólo de las personas mayores de edad, ha de entenderse que también se extiende a los menores maduros. Esta interpretación se confirma cuando se armoniza este precepto con el artículo 9.3 c), in fine, en el que se dispone que sólo en caso de actuación de grave riesgo en el menor maduro, según el criterio del facultativo, se informará a los padres y su opinión será tenida en cuenta.

Así pues, interpretando gramatical y lógicamente esta normativa, la consecuencia parece bastante clara. Si el menor maduro puede prestar su consentimiento por sí mismo, un tercero, aunque sean los padres, no podrá acceder a sus datos e historia clínica sin su previo consentimiento. Esta legislación sanitaria no hace otra cosa que concretar lo que con carácter general establece el artículo 162.2 del Código Civil. En consecuencia, el médico no podrá informar a los padres de la atención prestada al hijo, pues vulneraría el derecho del menor maduro a la confidencialidad e incurriría en violación del deber de secreto profesional. Una Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Leganes así lo ha entendido al declarar que “el padre no tiene derecho a acceder a la historia clínica de su hija de 16 años y su contenido le estaba vedado por contener datos de su hija y por lo tanto ajenos.”

No obstante, debo hacer mención nuevamente al artículo 9.3 c), in fine, en cuanto dispone que en caso de actuación de grave riesgo en el menor maduro, según el criterio del facultativo, se informará a los padres y su opinión será tenida en cuenta. Supone realmente una quiebra de la confidencialidad de los datos que sólo se justifica en supuestos excepcionales en que la actitud del menor haga peligrar seriamente por su vida, lo que incluso podría ser motivo para dudar de la capacidad volitiva del menor, como podría ser el caso de adolescentes anoréxicas, de menores con enfermedades mentales graves que requieran tratamiento farmacológico, o, por ejemplo, haber sufrido lesiones que exijan la correspondiente denuncia por presunto delito de lesiones. Queda a la discrecionalidad del médico responsable apreciar estas circunstancias e informar, en su caso,

¹⁵ Véase en este sentido M^º LUISA ARCOS VIEIRA “*Legislación navarra sobre voluntades anticipadas: en particular, el sujeto otorgante y la formalización del documento.*” Revista Derecho y Salud, Volumen, 12, junio, 2004, p. 80. Véase también J. PLAZA PANADÉS “cit. p. 6,

a los padres en aras de la protección del interés del menor.

Algunas leyes autonómicas también lo han regulado en este mismo sentido. Así, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, de Valencia, en su artículo 7. 3. dispone que en el caso de menores, se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años y que también deberá informarse plenamente a los padres o tutores que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores. Pero seguidamente establece que “*los menores emancipados y los mayores de dieciséis años son los titulares del derecho a la información.*” De donde, en mi criterio, se infiere bastante claramente que los menores emancipados y mayores de dieciséis años en cuanto titulares del derecho podrán exigir al médico que no facilite información a los padres¹⁶.

Sin embargo, esta interpretación no es pacífica. Veamos dos ejemplos.

El Fiscal de menores del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el XVI Congreso de la Sociedad Española de Medicina de Adolescentes, declaró¹⁷ que “el médico no puede ocultar información clínica a los padres de un menor que no ha cumplido dieciséis años y si actúa así sin el conocimiento y consentimiento de ellos, aunque sea a petición del menor, incumple la ley y su actuación incurre en responsabilidad.”

El nuevo Código de Deontología de Médicos de Cataluña, alineándose con la constatada tendencia doctrinal y legal, en su artículo 33 establece que “*El médico, en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, deberá respetar la confidencialidad hacia los padres o tutores y hacer prevale-*

cer la voluntad del menor.” Pues bien, un conjunto de 112 médicos interpuso recurso contencioso-administrativo contra este artículo y el 59, que más adelante comentaré, y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, por Auto de 16 de septiembre de 2005, lo ha suspendido cautelarmente por entender que contraviene el derecho de los padres a conocer el consumo de drogas, enfermedades graves o embarazos indeseados de las hijas que estén a su cargo. Razona el Auto que si bien la legislación sobre menores y la de los derechos de los pacientes reconocen el derecho a la intimidad, no se prevé por Ley “la posibilidad de ocultar esta información a los padres o tutores en caso de menores de edad”. En este sentido, el Juez entiende que el ejercicio de la patria potestad necesita una condición previa que es el conocimiento de las situaciones que afecten a los menores que están al cargo, especialmente si se trata de situaciones que comprometen el estado de salud o el futuro del menor. Así, razona que “si los padres no conocen la información, no pueden velar por que la información que reciban los menores sea veraz, ni pueden pedir una segunda opinión médica, ni en general pueden velar por sus hijos.”

La doctrina en general¹⁸, posición en la que personalmente también me sitúo, no comparte el criterio del Fiscal de menores y del Juez. Conforme a la legislación aplicable ya citada basta con que el paciente sea capaz de entender intelectualmente y emocionalmente para que sea él, y nadir más que él, quien deba ser informado. El artículo suspendido 33 es correcto pues no vulnera ni violenta la Ley 41/2002, que reconoce explícitamente la autonomía del menor de 16 años con juicio natural suficiente. Y no sólo no la violenta sino que está en plena ar-

¹⁶ Un comentario a esta regulación en M. J. DOLZ LAGO, “¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?”, La Ley núm. 2744, 2003, pp. 1495 a 1502.

¹⁷ Véase Diario Médico de 27 de abril de 2005.

¹⁸ Véase, por toda, “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia” elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2002, pp. 14 y 15 y A: DE LAMA AYMÁ “La confidencialidad en el ámbito médico; aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad.”, InDret. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2/2006, núm. 347, (www.indret.com) pp. 12 y 13, así como los autores citados en el trabajo, y R. URIOSTE UGARTE, en Diario Médico de 10 de abril de 2006.

monía con la misma. Si al Juez no le gusta esto lo que, en todo caso, tendría que hacer es plantear cuestión de inconstitucionalidad de los respectivos preceptos de la Ley 41/2002 antes de hacer una interpretación forzada de la misma al objeto de anular el artículo 33. En definitiva, si la Ley reconoce al menor de 16 años maduro la “mayoría de edad sanitaria”, prevalecerá el derecho del menor a decidir que no se informe a sus padres sobre el derecho de los padres, aunque en general todavía ejerzan la patria potestad, a pedir y recibir información sanitaria.

Como acertadamente apunta A. DE LAMA AYMÁ¹⁹ lo habitual es que el menor maduro permita que se informe a los padres, pero el problema se presenta cuando el menor maduro se opone expresamente a que se comunique su situación médica a sus padres. Entonces, si no se respeta su opción, además de vulnerarse la normativa aplicable, puede resultar seriamente perjudicial para el menor en la medida en que puede mostrarse reticente o contrario a acudir al médico y a revelar la información necesaria para el tratamiento ante el temor de que se informe a los padres (temas como relaciones sexuales, enfermedades venéreas, drogas, etc.). En estos casos, no cabe duda de que, no ya desde un punto de vista jurídico, sino médico-sanitario, debe prevalecer la confidencialidad por ser más beneficioso para el menor²⁰. Únicamente estará justificado no respetar el derecho a la confidencialidad del menor maduro cuando actúe poniendo en grave riesgo su salud (artículo 9.3.c Ley 41/2002) de una forma un tanto irrazonable, lo que, además, hará dudar seriamente de que realmente tenga el grado de madurez necesario.

¹⁹ “La confidencialidad en el ámbito médico; aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad.”, InDret. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2/2006, p. 10.

²⁰ Esta es también la opinión plasmada en el “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia” elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2002, p.9.

6. El derecho de los adolescentes a recibir información y educación para la salud sexual y la inexistente colisión con los derechos a la libertad ideológica y religiosa de sus padres.

La función de educación no debe tener como ámbito exclusivo lo relacionado con las enfermedades. También debe abarcar el conocimiento de los modos o técnicas que permitan al ciudadano disfrutar adecuadamente de todas sus posibilidades como ser humano, entre ellas, su sexualidad y su capacidad para adoptar competentemente decisiones relativas a la planificación familiar, pues también se integran en el amplio concepto de salud.²¹ Desde esta óptica, los receptores directos de campañas personalizadas de información sexual y de las técnicas de planificación familiar -por ejemplo, embarazos no deseados- pueden ser los menores de edad.

La supuesta colisión entre el derecho de los padres a dar a sus hijos una formación moral determinada y el deber de los poderes públicos de educar sobre la salud y, por ende, sobre la sexualidad, con la prevalencia de aquél sobre éste, ha sido negada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 12 de julio de 1993, -RJ 5633-, y de 8 de noviembre de 1996, -RJ/1997/940-, donde ha dicho que este tipo de información no constituye vulneración de los derechos fundamentales relativos a la libertad ideológica y religiosa y a los derechos de los padres respecto a la educación de sus hijos. En suma, son ámbitos que, lejos de excluirse, se complementan puesto que la Constitución no los ha establecido en jerarquía axiológica.

En parecidos términos también se han planteado problemas con determinadas campañas públicas sobre información de métodos dirigidos a prevenir enfermedades de transmisión sexual, en particular el SIDA y la Hepatitis B, dirigidas a adolescentes y preadolescentes, por cuanto algunas instituciones o colectivos han entendido que tales campañas vulneran o infringen los derechos a la libertad ideológica

²¹ Definida por la OMS como el completo estado de bienestar físico, mental y social.

(art. 16.1 de la CE) y el de los padres a que sus hijos reciban una formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 de la CE).

Pues bien, esa invocada conflictividad o colisión de derechos con prevalencia del de los padres ha quedado zanjada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, cuando en su fundamento quinto, al analizar el supuesto derecho de los padres a dirigir y controlar las creencias y opciones de sus hijos, manifiesta lo siguiente:

Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 octubre; 60/1995, de 17 de marzo; y 134/1999, de 15 de julio, y STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella

misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores.

Así, el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que «los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». Añadiendo en sus apartados 2 y 3 que «los Es-

tados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» y «la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás» (apartados 25 y 27 del ap. 8 de la Resolución relativa a la Carta Europea).²²

Y en este contexto, también merece la pena citar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1976 -TEDH 1976/5- que pronunciándose respecto a la obligatoria enseñanza y educación sexual de los adolescentes, concluye que la misma no vulnera la libertad de conciencia y de religión, ni la vida privada y familiar, de los demandantes.

IV. SUPUESTOS ESPECIALES.

1. La interrupción voluntaria del embarazo.

En la medida en que cada vez son más frecuentes los casos en que la interrupción del embarazo es solicitada por mujeres menores de dieciocho años de edad, un epígrafe específico se merece este tema.

Para la interrupción voluntaria del embarazo el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 sienta aparentemente una regla más restrictiva que la general relativa a la mayoría de edad sanitaria. Dispone que se regirá por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. No obstante, preciso es señalar que en cuanto existen disposiciones especiales de aplicación, necesariamente ha de anudarse la capacidad de la menor madura en la interrupción voluntaria del embarazo con las mismas.

Y, en efecto, ya sabemos que con relación a lo establecido con carácter general en la legislación civil sobre la mayoría de edad, dispone el artículo 162 del Código Civil que el menor con madurez suficiente puede ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad. A su vez, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2.2 hace primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, a la par que establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. En línea similar, el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997. Por su parte, el artículo 417 bis del antiguo Código Penal, que sigue vigente, se limita a establecer que el aborto requerirá consentimiento expreso de la mujer embarazada. Al no precisar más, la doctrina en general²³ ha entendido que se refiere a la mujer embarazada sin distinción de que sea mayor o menor de edad, por lo que la menor deberá consentir el aborto por sí misma, siempre que tenga capacidad natural.

Pues bien, si resulta que la norma penal no exige la mayoría de edad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo, la norma civil hace referencia a la capacidad natural como criterio suficiente para ejercer los derechos de la personalidad, la norma general reguladora de la protección del menor exige que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpreten siempre de forma restrictiva, y la normativa internacional sobre los derechos humanos en la aplicación de la biotecnología y la medicina potencia decididamente la capacidad del menor maduro, resulta también obligado concluir que la menor de edad con madurez suficiente puede consentir por sí misma la interrupción voluntaria del embarazo, debiéndose, además, respetar la confidencialidad si así lo exige la menor. Éste es el criterio asumido por buena parte de la

²² En similares términos la STC 154/2002, de 18 de julio.

²³ Por toda, C. PÉREZ DEL VALLE, *Comentarios al Código Penal*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1999, p. 335 y M^a J. SÁNCHEZ MORÓN, *Incapitados y derechos de la personalidad. Tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 165.

doctrina²⁴. Así, por ejemplo, PARRA LUCÁN²⁵ al hablar del aborto de la menor de edad y a la vista de la citada legislación afirma que “cuando la mujer tenga madurez suficiente para conocer la trascendencia de la intervención, su consentimiento es insustituible, es decir, no cabe representación de los padres.” Y ante la pregunta de si atendiendo a las funciones de guarda y el deber de velar por la menor, como contenido propio de la patria potestad, además del consentimiento de la menor debería requerirse también el de los padres o tutor, esta prestigiosa autora responde que “no es segura, sin embargo, esta solución. El artículo 162 se centra en la madurez de la propia menor y, posiblemente, la solución preferible sea entender que, teniendo discernimiento suficiente, basta su propio consentimiento.”

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre la despenalización de supuestos de aborto, en su fundamento jurídico 14 dijo:

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el Derecho privado, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es adecuada desde la perspectiva penal cuestionada.

Así pues, lo establecido en el artículo 162 del Código Civil. En este sentido, también importa citar por su valor como pauta interpretativa, aunque no se refiere directamente a las madres menores de edad, el fundamento jurídico 13 de la citada Sentencia 53/1985 en el que afirma lo siguiente:

13. Consideran los recurrentes que el consentimiento en los supuestos previstos en los números 1 y 3 del artículo 417 bis del Código

²⁴ Además de los autores citados en la nota anterior, entre otros muchos cabe citar “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia” elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2002, p.14.

²⁵ *La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, en Aranzadi Civil, núm. 2/2003, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 17 y 18.

Penal, en la redacción dada por el proyecto, no debería corresponder únicamente a la madre y hacen especial referencia a la participación del padre, estimando que la exclusión de éste vulnera el artículo 39.3 de la Constitución

El Tribunal entiende que la solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

Recientes pronunciamientos judiciales también se sitúan en línea con el criterio doctrinal expuesto. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 20 de abril de 2002 -ARP 507-, aunque enjuicia el caso de una menor de 16 años que vivía con independencia de sus padres y por lo tanto emancipada de facto, respecto de la que afirma la validez de su consentimiento para la práctica de un aborto y niega que haga falta el de los padres, desarrolla un razonamiento del que, en mi criterio, se infiere claramente que el órgano judicial asume la doctrina citada. Razona lo siguiente:

Debe recordarse que el artículo 144 del Código Penal habla del consentimiento sin establecer mayor especificación por lo que deberá acudir a otras normas, las civiles fundamentalmente, para integrar las exigencias de aquél cuando, como en el caso presente, nos encontramos ante una menor de edad en los términos del artículo 315 del Código Civil. Entendemos que, con independencia de la contundencia de esta norma y de lo que dispone el artículo 154 del mismo cuerpo legal, las exigencias precisas deben estar en consonancia con un hecho innegable cual es que mucho antes de cumplir los 18 años la mujer puede concebir y, consiguientemente, estar en alguno de los supuestos en que es precisa la interrupción del embarazo, lo que debe encontrar la respuesta adecuada a través de las excepciones que a la representación de los hijos por los padres establece el artículo 162.1 del repetido Código.

Incluso empieza a surgir legislación que así expresamente pretende regularlo. El proyecto de Ley de derechos de la persona, de Aragón, en su artículo 5 disponía lo siguiente:

Artículo 5.- Interrupción voluntaria del embarazo.

1. En los casos permitidos por la Ley, la interrupción voluntaria del embarazo de la menor que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento.

2. Si no tiene suficiente juicio, dicha interrupción sólo será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

3. Si la embarazada es una persona mayor de edad no incapacitada que no está en condiciones de decidir por sí misma, dicha interrupción requiere siempre autorización judicial.

No obstante, durante la tramitación parlamentaria, por razones de oportunidad, no de legalidad, esto es, no en razón al contenido del precepto, se ha decidido excluir este precepto de la Ley. No puedo sino alabar la posición del Gobierno de Aragón al incluir el artículo en su proyecto por cuanto, en mi criterio, se sitúa en la ortodoxia jurídica al armonizar perfectamente con la legislación general aplicable y por cuanto de clarificador tiene respecto de la controversia, más ideológica que jurídica, existente sobre esta cuestión.

El nuevo Código de Deontología de médicos de Cataluña, además del artículo 33 estudiado en el epígrafe anterior, también incorpora el artículo 59 del siguiente tenor *“el médico no practicará nunca interrupción de embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una cuidadosa información, especialmente cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello a lo que consiente. Cuando no exista esta capacidad será preciso el consentimiento de las personas vinculadas responsables.”*

Sin embargo, al igual que el artículo 33 relativo a la confidencialidad, el mismo conjunto de 112 médicos interpuso recurso contencioso-administrativo contra el artículo 59 y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 122 de Barcelona también lo ha suspendido cautelarmente por entender que contraviene el derecho de los padres a conocer el consumo de drogas, enfermedades graves o embarazos indeseados de las hijas que estén a su cargo. Razona el Auto de suspensión que la Ley 41/2002 impone en todo caso para los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo la aplicación de la normativa sobre la mayoría de edad, de forma que la intervención de los padres resulta obligada.

Respecto de este posicionamiento del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, no me cabe sino rechazarlo con similares argumentos a los esgrimidos en el epígrafe anterior, a los que me remito.

2. El derecho fundamental del menor de edad a la libertad religiosa y a la integridad física. Su relevancia a efectos de su oposición a un tratamiento médico.

Para el estudio de esta cuestión es imprescindible referirse a la impecable doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 154/2002, de 18 de julio, a la que ya me he referido antes. Con ocasión de la negativa de un niño de 13 años a recibir una transfusión de sangre, elabora una acabada y ejemplar doctrina en la que afirma sin fisura alguna la titularidad de los menores de edad a la libertad de conciencia religiosa y a la integridad física y, como consecuencia, la relevancia que su opción personal tiene frente a actuaciones y tratamientos médicos sobre su persona.

Respecto a que el menor es titular del derecho a la libertad religiosa y a la integridad física expone lo siguiente:

Partiendo del genérico reconocimiento que el art. 16.1 CE hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de «los individuos y las comunidades», sin más especifica-

ciones, debe afirmarse que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto. Confirma este criterio la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, que reconoce tal derecho a «toda persona» (art. 2.1).

Esta conclusión se ve confirmada, dados los términos del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 31 de diciembre de 1990), en cuya virtud quedan los Estados parte obligados al respeto del «derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» (art. 14.1), sin perjuicio de «los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» (art. 14.2). Asimismo, prescribe el art. 14.3 de dicha Convención que «la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

En el plano interno, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en esta misma línea, sanciona toda posible discriminación de los menores (de dieciocho años) por razón de religión (art. 3) y les reconoce explícitamente «derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (art. 6.1), cuyo ejercicio «tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 6.2). En relación con este derecho dispone igualmente el art. 6.3 que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

En relación con todo ello, hemos dicho en la STC 141/2000, F. 5, que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)». (...).

En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional

como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

Sentada por el Tribunal Constitucional la titularidad por los menores de edad de esos derechos, seguidamente aborda la relevancia que puede tener la oposición manifestada del menor al tratamiento prescrito (transfusión de sangre). Y, al respecto, señala lo siguiente:

Es cierto que el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. (...) Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el art. 162.1 del Código civil. (...).

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto -como el ahora contemplado- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejerció determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, «en su dimensión objetiva, es "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" y "supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible". En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste

los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza -y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas- que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar.

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica -descrita en el relato de hechos probados- pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.

En fin, la claridad y limpieza del discurso seguido por el Tribunal Constitucional exime de explicaciones complementarias por mi parte.

3. El derecho de la menor madura a la prescripción y dispensación de la píldora postcoital.

Desde el punto de vista médico-científico está acreditado que la píldora no es un abortivo sino un anticonceptivo. Así pues, el tema es bastante simple.

Si la menor tiene cumplidos dieciséis años su consentimiento es suficiente para la prescripción. Si es menor de dieciséis años el facultativo deberá valorar su capacidad o madurez. Si la considera suficiente podrá prescribirla. Si no la considera suficiente, algo que deberá apreciarse de una forma

patente, evidente por llamativa -no bastando una mera apreciación subjetiva o simple sospecha-, deberá solicitar el consentimiento de los padres o tutor²⁶.

Quizás, mayor problema presenta la dispensación, toda vez que un buen número de farmacéuticos hacen objeción de conciencia al respecto. El tema parece que, de momento, se salva dispensándola directamente en los centros de salud, incluso por el personal de enfermería, si bien aquí también algún facultativo hace objeción de conciencia.

²⁶ Sin embargo, no siempre se aplica este régimen. Por ejemplo, ante la dispensación gratuita de la píldora postcoital en los centros de salud del Ayuntamiento de Madrid a jóvenes de entre 12 y 16 años se requiere el consentimiento paterno, mientras que por debajo de 12 años se debe comunicar la situación al Juez de Guardia.

Sobre esta temática puede verse el extenso informe del Justicia de Aragón de 5 de mayo de 2006.

LA CAPACIDAD DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE LA SALUD. “Dimensión socio-sanitaria”

Koldo Martínez Urionabarrenetxea

*“Lo que es mejor para el menor
a menudo sólo se entiende veinte
años después de la niñez.”ⁱ*

Es bien conocida la importante construcción teórica culminada a lo largo de la segunda mitad del siglo XX sobre el principio de que los derechos de la personalidad y otros derechos civiles pueden y deben ser ejercitados por las personas desde el momento en que tengan juicio natural suficiente, hecho o circunstancia que en la mayoría de las personas sucede bastante antes de los dieciocho añosⁱⁱ, y de cómo esta construcción teórica ha tenido su reflejo en las Convenciones internacionales y en las legislaciones nacionales. El ordenamiento jurídico español ha incorporado también estas tendencias. Veámoslo sucintamente.

Introducción.

En esta presentación intentaré aclarar los tres conceptos que se enuncian en el título de la charla: menor, salud y capacidad. Pasaré posteriormente a relacionar la capacidad de los menores con los problemas que se suscitan en el área de la atención a su salud y en el de su promoción, si bien es cierto que estos campos de actuación difícilmente pueden separarse *de facto* en una fase de la vida como la adolescencia. Terminaré haciendo una breve reflexión final que junto con unas pocas preguntas, espero, sirvan de base para seguir profundizando en la cuestión.

El contexto pediátrico.

Los profesionales de la salud no sólo debemos tratar la enfermedad del paciente sino que debemos también atender al contexto personal y social porque éste influye en su situación médica. El contexto pediátrico es especialmente controvertido porque está rodeado de una gran incertidumbre y de una intensa emocionalidad. La sociedad exige que los profesionales promocionen la salud y el bienestar del menor así como su autonomía y que al mismo tiempo ayuden además a mantener los lazos familiares. Para enfrentarse a esta problemática cuestión, dos posturas extremas suelen ser las más defendidas: por un lado están las actitudes denominadas proteccionistas que promueven la necesidad y la indicación de proteger al menor de los distintos males que pueden encontrar en el mundo (entre ellos, a ellos mismos) e indican que siempre es mejor contar con los padres o los representantes de los menores para la toma de decisiones y, por otro, las llamadas liberacionistas que, en clara oposición a las actitudes mencionadas, apoyan dar siempre la primacía a la opinión y los deseos de los menores, sin contar con la intervención parental en la inmensa mayoría de los casos. Entre ambos extremos está la postura que personalmente defiendo y que explicitaré más adelante. Este modo de comportamiento que preconizo exige técnica y arte, talento diagnóstico y excelencia en el discernimiento. Esto es, una virtud de virtudes sobre la que descansa la práctica profesional competente. La bioética es precisamente una herramienta de conocimientos, habilidades y actitu-

des que pretende ayudar al profesional de la salud a encontrar esa metavirtud para poder articular sobre ella lo que yo entiendo debe ser el arte del sanador.

El concepto de menor ha evolucionado con el tiempo. En los Tratados hipocráticosⁱⁱⁱ podemos leer una clasificación de las edades del hombre que se dividen en múltiplos de siete. Así, hasta los siete años (caída de los dientes) tendríamos al *paidion* o *puerulus*; hasta los 14 (aparición del semen) al *país* o *puer*; hasta los 21 (barba), al *meirákion* o *adolescens*; hasta los 28 (en que crece todo el cuerpo) al *neanískos* o *juvenil*; seguidos de otras etapas que llamaron *anèr* o *vir*, hasta los 35; *presbýtes* o *junior*, hasta los 42; y *géron* o *senex* de ahí en adelante. Aristóteles también dejó clara su percepción de la juventud al afirmar que “*Los jóvenes pueden ser geómetras y matemáticos y sabios en cosas de esa*

naturaleza, y, en cambio, no parece que puedan ser prudentes.”^{iv} Durante gran parte de la historia de la humanidad los niños han sido, no seres más o menos autónomos, como pueden ser considerados hoy, sino propiedad de los padres. Mucho han cambiado estos conceptos y todos los relacionados con ellos desde entonces.

La Convención de Derechos del Niño define a éste como “*todo ser humano por debajo de la edad de 18 años a menos que, según la ley aplicable al niño, la mayoría se alcance antes*”. La Organización Mundial de la Salud (OMS), por su parte, define la adolescencia como el período de vida entre la edad de 10 y 19 años. Sin embargo, diversos autores dedicados al estudio de esta fase de la vida localizan su inicio y final en momentos diferentes, tal y como se muestra en la siguiente Tabla^{v,x}.

	8	9	10	11	12	13	14 años	
Acuff (1997)		Preadolescencia					Adolescencia Temprana	
US DHHS (2004)		Preadolescencia						
ONDCP (2002)		Adolescencia Temprana						
Steinberg (1999)					Adolescencia Temprana			
Neinstein (2002)					Adolescencia Temprana			
Juszczak (1999)					Adolescencia Temprana			

Independientemente de dónde se pongan estos límites, lo que de por sí crea ya un verdadero problema de definición del concepto de adolescencia, lo cierto es que este periodo de la vida está marcado por unos grandes cambios en

el contexto social, el conocimiento y el concepto de sí mismos de los menores que sistematizo, un tanto libremente, en la siguiente Tabla^{xi,xii}.

	Niñez temprana (4-6 años)	Niñez media (7-10 años)	Adolescencia temprana (11-14 años)	Adolescencia media (15-17 años)
Contexto social	Hogar Interacción clave niño-familia	Más amplio Desarrolla sentido de laboriosidad Aprende a colaborar con pares y adultos	Mayor independencia Aumenta enfoque a sus pares Comprende la perspectiva de los demás	Autonomía de los padres
Conocimiento	Escoge ente múltiples ideas Explica por qué algo no es justo	Comienza a planear de forma consciente, coordina acciones, evalúa progreso y modifica planes basado en evaluación y reflexión	Piensa en consecuencias a corto y largo plazo Pensamiento abstracto progresivo Capaz de recuperar información y usarla para solucionar nuevos problemas	Procesos de solución de problemas Especula sobre las mejores alternativas Identifica factores no controlables Identifica estándares externos de justicia
Concepto de sí mismo	Optimismo acerca de sus habilidades	10 años: auto-reflexión habilidades, éxitos y fracasos	Desarrollo de un sentido de sí mismo como ser autónomo	Profundiza en su sentido de sí mismo

Existe un acuerdo generalizado de que el desarrollo adolescente presenta tres características que se dan universalmente. Son el inicio de la pubertad, la emergencia de capacidades cognitivas más avanzadas, y la transición a nuevos roles en la sociedad. Sin excepción, todos los adolescentes en todas las sociedades atraviesan estas tres fases^{xiii}. Estas características han sido posteriormente organizadas bajo las categorías de los cambios biológicos, cognitivos y socio-emocionales que las acompañan. Estas características universales no se dan en un momento concreto en el tiempo que separaría la infancia de la adolescencia sino que se introducen gradualmente a lo largo del *continuum* del periodo de la adolescencia. Estos cambios biológicos, cognitivos y socio-emocionales aumentan en complejidad a medida que el adolescente se desplaza de una fase de desarrollo a la siguiente.

En estas fases se pueden y deben ir adquiriendo unas habilidades específicas que llamaré habilidades clave para la vida, que son componentes esenciales de un desarrollo saludable, y

que definen a un niño de carácter fuerte. Se ha encontrado que estas habilidades particulares funcionan como mediadores de conducta en la adolescencia. Estas habilidades para la vida abarcan tres categorías básicas, que se complementan y fortalecen entre sí^{xiv,xv}:

- Habilidades sociales o interpersonales, que incluyen habilidades de comunicación, de negociación/rechazo, aserción, confianza, cooperación, empatía y toma de perspectivas.
- Habilidades cognitivas, que son las relacionadas con la toma de decisiones para la solución de problemas, comprensión de consecuencias de las acciones, de soluciones alternativas para los problemas, de pensamiento crítico, de análisis de la influencia de sus pares y de los medios de comunicación, de las propias percepciones de las normas y creencias sociales, y auto-evaluación y clarificación de valores.

- Habilidades para el control de las emociones, entre ellas el estrés, los sentimientos, la ira, y para aumentar el locus de control interno (manejo y monitorización de uno mismo)

Los psicólogos suelen diferenciar tres tipos de autonomía en la adolescencia:

- La autonomía emocional, que hace referencia a la independencia emocional en las relaciones con los demás, especialmente los padres. Ésta se desarrolla mejor en circunstancias que promueven tanto la individuación como la intimidad emocional.
- La autonomía conductual, que se refiere al desarrollo de la capacidad para la toma de decisiones. A medida que los individuos maduran, se vuelven más capaces de buscar y ponderar los consejos de otras personas con distintos grados de experiencia y de utilizar esta información para tomar decisiones independientes. Diversos estudios del desarrollo de las funciones ejecutivas en los menores y adolescentes ilustran la probable cronología diferencial para la maduración de funciones tales como la capacidad de resolver problemas, de planificar el futuro y de controlar los impulsos. Se han encontrado aumentos significativos en algunas de estas funciones en relación con la edad, pero que van más allá de los 15 años^{viii}.
- La autonomía de los valores, en relación con el desarrollo de creencias independientes. Piaget^{xvi} afirma que el desarrollo cognitivo y moral de las personas se da a través de unas etapas concretas, pasando de un estado premoral al de respeto hacia la autoridad entre los 3 y 8 años; adquiriendo el principio de justicia entre los 8 y 11 años, y desarrollando posteriormente criterios de equidad, hacia los 11 ó 12 años. Según la teoría del desarrollo del razonamiento moral de Kohlberg^{xvii}, la adolescencia es un tiempo de interiorización potencial del bien y

del mal sobre la base de los principios morales de uno mismo y no sólo en los términos de las reglas de la sociedad y de sus consecuencias. Tradicionalmente este cambio no ocurre hasta tarde en los adolescentes que no han desarrollado previamente estándares internos y convicciones personales fuertes, sugiriéndose así que la autonomía de valores se da más tarde que el desarrollo de la autonomía, tanto emocional como conductual.

Podemos pues afirmar que la adolescencia es un período crítico de marcado desarrollo interior y de una masiva indoctrinación cultural^{xviii} y que su objetivo final es precisamente el logro de la identidad^{xix}. Pero me pregunto si estas afirmaciones no son también aplicables a la vida adulta.

La salud.

Muchas han sido las definiciones que de salud se han dado. La Organización Mundial de la Salud la definía en 1947 como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad. En la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria a la Salud, celebrada en Alma-Ata, URSS, en setiembre de 1978 se afirmaba además que es un derecho fundamental. En 1989 la OMS citaba determinadas condiciones como básicas para la salud, y en 1997 UNICEF mencionaba los siguientes requisitos básicos para la misma: la nutrición, el ejercicio, el tiempo libre y el acceso a servicios sanitarios. La propia Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, organizada por varios Estados que la suscribieron (con el compromiso político que ello supone) y por la propia OMS, afirmaba que las condiciones y requisitos para la salud son: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad.

Diego Gracia^{xx} ha llegado a decir de la salud que es “*la capacidad de posesión y apropiación del cuerpo, es decir, cultura del cuerpo. Sano no está quien mayor bienestar siente, sino quien más ple-*

namente es capaz de apropiarse y cultivar su propio cuerpo. La sanidad es la ciencia del cultivo de la salud o cultura del cuerpo. Este cultivo de la salud no puede entenderse como la pura lucha contra la enfermedad o el simple logro del bienestar físico sino como el lento proceso de apropiación y posesión por parte del hombre de su propio cuerpo. Apropiarse del cuerpo es ponerlo al servicio de la vida y la libertad de la persona.” Y abundando en este sentido podemos afirmar que la salud es la capacidad de trabajar hacia los objetivos vitales y hacia vidas plenas y satisfactorias como parte esencial de nuestra red social.

La salud es, pues, función de los individuos y del medio en que viven: familia, redes sociales, organizaciones, comunidades y la sociedad en su totalidad. Está sujeta a múltiples factores: 1) predisponentes, entre ellos el conocimiento, las creencias, los valores, las actitudes, la confianza; 2) reforzadores, como la familia, los amigos, profesores, empresarios, líderes de la comunidad, etc.; y 3) capacitadores, como los recursos sanitarios, las habilidades para la salud, las leyes de salud, factores que influyen de manera importante en las condiciones de vida de las personas. Todos los factores influyen en la conducta específica de los individuos y de las organizaciones, y se da una interrelación poderosa entre estas conductas y las condiciones de vida. De la relación entre éstas depende la salud de los individuos y los grupos.

La ley.

Hoy existe un consenso ético básico por el que se acepta -y así lo afirma la legislación española en la llamada Ley de Autonomía del Paciente- que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”* y que se otorgará el consentimiento por representación *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cum-*

plidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. La ley continúa diciendo que *“La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”*. También se aplica el criterio general de mayoría de edad como requisito para la donación de vivo y la elaboración de documentos de voluntades anticipadas, aspectos éstos fuertemente criticados por algunos en nuestro país y fuera de él.

Por su parte la Ley de Protección Jurídica del Menor consolida el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos de los menores de edad y una capacidad progresiva para ejercerlos. Esta Ley concibe al menor como sujeto activo, participativo, creativo, con capacidad para modificar su propio medio personal y social, para participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. Y por ello, en el artículo 2 dice que *“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”*

Somos muchos los profesionales de la salud que afirmamos que nuestra legislación es compleja, ambigua y con indefiniciones. Entre éstas estaría la cuestión de la definición del menor maduro. Pero ya ha quedado claro que tampoco los profesionales de la salud han llegado a acuerdos sobre la definición y los límites etarios de estos grupos de personas. Lo cierto es que los menores, como grupo, están legalmente incapacitados para algunas decisiones, esto es, se presume que carecen de las habilidades necesarias para una toma de decisiones competente en esas materias y ésta es requisito *sine qua non* para el ejercicio de los derechos legales^{xxi,xxii}. Estas ambigüedades son las que han permitido que un grupo de

médicos haya recurrido ante los Tribunales de Justicia el nuevo Código Deontológico del Colegio de Médicos de Barcelona que en su punto 33 dice: “*El médico, en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando le considere con las suficientes condiciones de madurez, deberá respetar la confidencialidad hacia los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor*” y en el punto 59 afirma: “*El médico no practicará nunca una interrupción de embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una información adecuada, en especial cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello que consiente. Cuando no se dé esta capacidad, valdrá el consentimiento de las personas vinculadas responsables.*” Puntos del Código Deontológico, quiero dejarlo claro desde este momento, con las que estoy ideológicamente de acuerdo.

La capacidad.

La capacidad -término legal- o competencia -concepto más utilizado en la clínica- se define como “la aptitud de un individuo de entender lo suficiente como para tomar una decisión autónoma”^{xxxiii}. Ser considerado capaz para tomar una decisión implica la capacidad de^{xxiv-xxix}: expresar una elección entre alternativas; entender los riesgos, beneficios y alternativas cuando se consideran diversas posibilidades; razonar racional y lógicamente; decidir razonablemente; y hacerlo sin coerción, libremente. La madurez de una persona, sea ésta mayor o menor de edad, debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones, no por el contenido de los valores que asuma o maneje^{xxx}. La capacidad es decisión-específica; esto es, se relaciona con el tratamiento concreto propuesto al paciente concreto en la situación concreta^{xxxii}, no siendo necesaria la misma capacidad para unas decisiones que para otras. Por ejemplo, se necesita mucha menos capacidad para decidir la vía por la que una persona decide recibir un tratamiento -oral o parenteral- si ambas son igual de eficaces que para decidir donar un riñón o una parte del hígado para trasplante.

En relación directa con la capacidad está el Consentimiento Informado (CI) que comprende varios factores que pueden ser resumidos en tres^{xxxii}: voluntariedad, conocimiento y competencia o inteligencia. Esto es, el paciente debe participar en el tratamiento voluntariamente (sin coerción); no sólo debe estar de acuerdo con el tratamiento sino que debe conocer sus posibles riesgos y beneficios; y por último, debe ser capaz de entender toda la información que le ha sido presentada y tomar una decisión lógica de cara al consentimiento. El CI no es algo que ocurre en un momento puntual sino que es de hecho un proceso dinámico que se da a lo largo de toda la relación clínica^{xxxiii}. Los objetivos del CI incluyen el desarrollo de la comprensión global del paciente de la situación clínica y la toma de las decisiones que le competen en relación con su circunstancia^{xxxiv,xxxv}.

Algunos autores han analizado la capacidad profundizando en los tres factores del consentimiento, intentando eliminar la edad como elemento de la competencia e incorporando una aproximación al tema más fluida y comprensiva. Así hablan de:

- Consentimiento consciente.

Constituye la comprensión que una persona tiene del contenido semántico. Se analiza pidiendo al paciente que parafrasee en sus propias palabras la información recibida del clínico^{xxviii}. Piaget describía que, aparte de la inexperiencia, la mayoría de las personas de 14 años de edad o mayores tienen las mismas capacidades para procesar la información que los adultos^{xvi}.

- Consentimiento inteligente.

El paciente debe ser capaz de tomar decisiones inteligentes basándose en la información recibida. El consentimiento inteligente no consiste sólo en aceptar; se trata de un proceso activo más complejo. Para que una persona proporcione competentemente un consentimiento inteligente, debe tener capacidad de: 1) atender la tarea; 2) retrasar la respuesta para poder procesar la información; 3) realizar un procesamiento complejo; 4) sopesar los beneficios y riesgos del

tratamiento; y 5) razonar tanto inductiva como deductivamente^{xxxvi}.

- Consentimiento voluntario.

Hace referencia al grado de autonomía con el que una persona proporciona su consentimiento. Cuestiones que a menudo dificultan la tendencia del menor a la autonomía incluyen las influencias parentales y profesionales, el deseo de aprobación, la complianza, la conformidad, y la lucha directa del menor contra ella. Para algunos autores, la capacidad del menor es función de muchos factores tales como la edad, la naturaleza de la decisión, la gravedad de sus consecuencias, la relación con los padres y los límites legales^{xxxvii}. En la preadolescencia y al inicio de la misma los menores tienden más a actuar de acuerdo con las influencias externas que a otras edades. Pero es importante recordar que también muchos adultos sucumben a esas mismas influencias externas.

Hay quien asegura que, sin exagerar mucho, toda la bioética no es más que una nota al pie del CI^{xxxviii}. Es habitual interpretar que el CI es un tipo de doctrina, una amalgama de razonamientos legales y filosóficos con un marco conceptual y cierto número de recetas concretas. Este marco supone unas pocas acciones básicas y presupone ciertas condiciones. En la médula de la doctrina está el principio legal que reconoce que el derecho de una persona competente a rechazar un tratamiento médico es virtualmente absoluto^{xxxix}. La naturaleza individualista de esta línea de pensamiento es evidente: La persona es conceptualizada como poseedora de una esfera de actividad protegida o de privacidad libre de interferencias no deseadas. Dentro de esta zona de privacidad, uno es capaz de ejercer su libertad. La persona es opaca a los demás y por tanto el mejor juez y guardián de sus propios intereses^{xl}. La doctrina del CI se basa en un perfil individual más que en un retrato de familia. Frente a esta posición individualista se han levantado voces que, al denunciar que las discusiones legalistas de intereses y derechos individuales ocultan y olvidan la profundidad de los lazos y vínculos entre los miembros de

las familias, reivindican el papel de éstas en la toma de decisiones^{xli-xliii}. Y, yo personalmente, defiende más un concepto de autonomía relacional^{xliv} que el típica y meramente individualista, sin caer tampoco en las enormes constricciones de algunos comunitaristas.

Parece lógico concluir de lo dicho hasta ahora que la determinación de la capacidad de alguien no es algo momentáneo sino que constituye un proceso, un proceso tan importante como el método lo es para los hallazgos científicos, y un proceso además en el que la capacidad se va adquiriendo de modo gradual^{xlv,xlvi}. Su determinación requiere del profesional sanitario habilidades de colaboración, método dialógico, compromiso profesional y una actitud ética proactiva. Para que esto se dé el profesional deberá balancear caso por caso y llevar a cabo un conjunto de negociaciones que aseguren la confidencialidad y privacidad del menor por un lado -en el tema que nos ocupa- y su seguridad y bienestar, por otro.

La capacidad y la salud en la adolescencia.

Es debido a esta dificultad que se han propuesto múltiples vías de determinación de la capacidad. Pearce^{xlvii} incorporó los conceptos mencionados y desarrolló unas sugerencias para evaluar la competencia de los menores para dar su consentimiento. Así, el menor debería:

1. Poseer un concepto claro de sí mismo en relación con los demás.
2. Proporcionar una comprensión clara de su problema y de las implicaciones del tratamiento.
3. Entender tanto los riesgos como los beneficios, y hacerlo además en relación con la influencia del tiempo.

Glenn^{xlviii} por su parte propuso la utilización de la edad mental más que la cronológica para determinar la competencia. Pero esta aproximación puede ser tan estrecha en su objetivo como la del punto

de vista legal (que acepta que cierta edad proporciona inequívocamente un estándar de competencia.)

Belter y Grisso^{xlix} realizaron un estudio con el objetivo de examinar si informar a los menores de sus derechos (conocimiento) tenía algún efecto en su capacidad de reconocer las ocasiones en que éstos eran violados y de tomar las decisiones apropiadas para protegerse a sí mismos (inteligencia). Los resultados indicaron que los menores de 10 años parecen ser incapaces de proteger sus derechos. Los mayores de 15 demostraron ser competentes en esta auto-protección. Por último, los niños de entre 10 y 15 pueden estar desarrollando la capacidad de auto-protección pero no parece que en esta área puedan ser considerados competentes.

Grisso y Vierling^{xxviii} afirman que, habitualmente, nadie menor de 11 años es competente para dar un CI. A los 15 años, es probable que el menor sea competente para dar su consentimiento. Esto indica que entre los 11 y los 15 años se da un período transicional durante el cual un menor puede o no comprender los elementos necesarios requeridos para dar un CI. Melton^l también cree que la edad de 15 años es la mínima para que un menor sea competente para dar su CI.

Leikin^{xlvi} describe que aproximadamente a la edad de 12 años, muchos adolescentes han desarrollado la capacidad de pensamiento abstracto, pueden hacer hipótesis de entre varias alternativas y predecir consecuencias, por lo que son competentes para tomar decisiones sobre su atención sanitaria. Sin embargo, afirma también que la voluntariedad puede no ser posible antes de los 14 ó 15 años debido a la tendencia de los menores más jóvenes a rechazar las figuras de autoridad tales como los padres o los médicos. Por el contrario, hay quien refiere que los adolescentes generalmente dejan las decisiones médicas en manos de sus padres, con la excepción de situaciones que tienen consecuencias graves, en las que pueden tener resistencias a hacerlo^{li}.

Varios estudios que concluyen que los adolescentes de 14 años de edad o más pueden tener unas capacidades de toma de decisiones en el campo de

la salud tan desarrolladas como los adultos^{lii,liii}. Algunos autores han encontrado que, globalmente, los niños de 14 años no difieren significativamente de los de 18-21 años (y que éstos tampoco lo hacen entre ellos)^{liv}. Otros piensan que limitar las decisiones que los adolescentes tomen puede provocar en éstos actitudes negativas o cínicas conducentes al desapego, a la apatía o a una competencia pobremente desarrollada^{lv}. Otros concluyen que cuando se les da toda la información para la toma de decisiones sanitarias, los adolescentes de inteligencia normal las toman de manera prudente o, cuando menos, similar a los adultos^{lvi-lviii}. De otros estudios se deduce que los menores crítica o gravemente enfermos pueden estar intensamente interesados en la toma directa de decisiones que les afectan^{lix} y su conocimiento y experiencia del enfermar puede llevarles a una toma de decisiones sanitarias mucho más capacitadas que las de algunos adultos sanos, con la importancia que este hecho puede tener, por ejemplo, de cara a la posibilidad de la elaboración de documentos de instrucciones previas.

La capacidad de razonar de forma abstracta parece darse, pues, de forma gradual. No hay una edad definida y concreta en la que los menores se vuelven competentes. La autonomía legal de los adolescentes es un acertijo, una adivinanza. No existe un test del todo o nada para juzgar si un individuo es competente o maduro^{lx}. Quizás por esta dificultad se ha sugerido que se considere siempre la proporcionalidad de la decisión. La proporcionalidad hace referencia a una escala deslizante de capacidad: cuanto más importante o grave el resultado de la relación riesgo/beneficio implicada, mayor nivel de capacidad debiera exigirse a la persona que toma la decisión^{xxvi, lxi-lxiii}. Por ello, algunos autores hablan de la escalera de la participación defendiendo este concepto de proporcionalidad^{lxiv, lxv}.

El Comité de Bioética de la Academia Americana de Pediatría afirma que en la consulta el médico se va a encontrar con adolescentes que pueden ser clasificados en una de estas tres categorías^{lxvi}: 1) adolescentes entre 14 y 17 años sobre los que no hay ninguna duda de su competencia; 2) adolescen-

tes y menores de 14 años carentes de capacidad para tomar decisiones; y 3) adolescentes entre 14 y 17 años sobre cuya capacidad hay dudas. Evidentemente, cada uno deberá ser tratado de forma diferente y por eso se propone escuchar siempre al menor, entender que el consentimiento es un proceso y no un suceso momentáneo, aceptar que la capacidad es un aspecto del desarrollo de la autonomía del menor, entendiendo que a medida que aumenta la propia autonomía también aumenta el peso o la gravedad de las decisiones a tomar, y finalmente, la influencia que la decisión puede tener no sólo en uno mismo sino también en los demás (incluyendo en este concepto también el adulto que el menor ha de llegar a ser)^{lxv}. En clara relación con estas aportaciones, la Asociación Real (británica) de Pediatras y Salud del Niño^{lxvii} distinguía entre 1) informar al menor; 2) escucharle; 3) anotar sus opiniones de modo que pueda influir en la toma de decisiones; y 4) respetar al menor competente como el decisor principal.

A pesar de que se ha demostrado una diferencia significativa entre la evaluación de las capacidades del menor para la toma de decisiones hecha por los padres y la auto-evaluación del propio menor, siendo ésta siempre superior^{lxviii} y que los padres generalmente infravaloran muchas conductas de riesgo de sus hijos (drogas, intentos de suicidio, actividad sexual)^{lxix}, es habitual afirmar que a los padres se les debe permitir participar en la toma de decisiones sobre la salud del menor^{lxx, lxxi}. La cuestión de quién tiene la autoridad para tomar las decisiones se convierte en especialmente exigente cuando los padres o tutores y el menor no están de acuerdo sobre un tratamiento. El reto clínico es entonces doble. Por un lado se debe determinar si el adolescente tiene de hecho la capacidad de consentir o rechazar un tratamiento, y por otro, se debe trabajar con el cuidador y el adolescente de una manera que sea respetuosa para todos^{lxxxi}. Pero en el caso de que el menor rechace la participación de los padres en la toma de decisiones, en mi opinión, tal rechazo debería respetarse si: 1) la intervención de los padres pudiera provocar que el menor rechazara el tratamiento; 2) el tratamiento está clínicamente indicado; 3) la falta

de tratamiento es perjudicial para el menor; 4) el tratamiento ha sido solicitado libre y conscientemente por el menor; y 5) el médico considera al menor lo suficientemente maduro como para intervenir de manera productiva en la toma de decisiones. Defiendo, pues, que independientemente de las obligaciones legales y éticas, siempre se debe proporcionar al menor la mayor oportunidad posible de ejercer sus derechos respecto de la toma de decisiones. Considero que esta participación, además de profundizar y reforzar la relación clínica y la alianza terapéutica, aumenta la capacidad del menor para autodeterminarse^{lxxiii}. Se trata, en definitiva, de apostar por el menor, de forma prudencial.

Informar obligatoriamente a los padres limita la confidencialidad de la atención sanitaria y con ella el acceso de los adolescentes a ésta, lo que genera más riesgos que beneficios. El mayor es que los adolescentes que necesitan atención sanitaria no la solicitarán ni la recibirán por lo que, a pesar de sufrir problemas prevenibles y/o solucionables, pondrán en peligro su propia salud y a menudo también la salud pública. Este resultado no va en el mejor beneficio del adolescente, ni de sus padres, ni de los profesionales dedicados a preservar la salud y el bienestar de los menores, ni de la sociedad en general^{lxxii}.

A pesar de ser un período relativamente saludable, la adolescencia es descrita a menudo como un tiempo de gran distress y enormes alteraciones, y las conductas de los adolescentes, especialmente las que son vistas como potencialmente comprometedoras para la salud de los jóvenes, siguen constituyendo un tópico, un lugar común entre las personas preocupadas por aumentar la salud de estos menores^{lxxiii}. La adolescencia es un tiempo en el que las principales causas de mortalidad y morbilidad están íntimamente relacionadas con las decisiones de conducta del individuo. Más aún, es un período en el que se desarrolla un número de costumbres saludables y no saludables que puede durar toda la vida^{lxxiv}. Porque los adolescentes toman decisiones sobre con quién intiman, qué sustancias exploran y contra qué o quién luchan, decisiones que impactan

enormemente en su propia salud y muchas veces también en la de los demás^{lxxv}. Por eso se considera un objetivo primordial de la promoción de la salud para la adolescencia un cambio de conducta positivo y sostenible que permita a los jóvenes convertirse en actores de su propio cambio y lograr sus propios objetivos.

Las oportunidades de los profesionales sanitarios de intervenir en las necesidades de salud de los adolescentes dependen en gran medida de que los propios adolescentes en riesgo busquen atención sanitaria. La atención sanitaria relacionada con los problemas emocionales, el consumo de drogas y la sexualidad es particularmente importante porque gran parte de la morbilidad y mortalidad entre los adolescentes está relacionada con lesiones por vehículos motorizados, suicidio, uso de tabaco y de alcohol, y conductas sexuales^{lxxvi,lxxvii}. Conductas prevenibles son las responsables de más del 50% de la morbilidad y mortalidad adolescentes^{lxxviii}. Son las conductas relacionadas con la actividad sexual, el uso de drogas, tabaco y alcohol, la falta de actividad física, los problemas en la nutrición y la violencia las que suponen el 70% del riesgo de para la salud de los adolescentes. La conducta durante la adolescencia, pues, determina la salud adulta. Por tanto, establecer conductas saludables durante la adolescencia abriga un enorme potencial de cara a la reducción de problemas serios de salud más tarde en la vida^{lxxix}. Y esto debe hacerse mediante la prevención, la intervención precoz y la educación^{lxxx}.

Si, como sabemos, las conductas de las personas están influidas por factores individuales, patrones interactivos, factores relacionales y otras influencias sociales, a todos estos niveles se deberá actuar para promover conductas saludables. Y esto deberá hacerse donde realmente esté el menor, no donde los profesionales de la salud piensen que se encuentra o que debiera estar, basados en su talla, apariencia y/o edad cronológica. La OMS^{lxxxii} recomienda actuar en la preadolescencia, antes de los 14 años, antes de que las conductas comprometedoras de la salud se hayan arraigado profundamente. Es decir, mucho antes de la práctica habitual de co-

menzar progresivamente con esta tarea en el grupo de 15 a 19 años de edad.

Una amplia variedad de factores sociales y económicos influye en el acceso y utilización de los servicios sanitarios tanto por los menores como por los adultos^{lxxxii-lxxxv}. En relación con los adolescentes se ha demostrado que la existencia de una fuente habitual de atención sanitaria y las percepciones de los lugares donde ésta se presta así como de los profesionales de la salud, entre otros, influyen en la utilización de dichos servicios^{lxxxvi-xciii}. Los adolescentes manifiestan que sus preocupaciones sobre la confidencialidad influyen en sus deseos de búsqueda de atención sanitaria y que les preocupan posibles rupturas de la confidencialidad que posibiliten el paso de información sobre cuestiones sanitarias sensibles a sus padres^{xciii-xcvi}. Llamamos confidencialidad al “acuerdo entre paciente y profesional sanitario de que la información analizada durante y después del encuentro no será compartida con nadie sin el permiso explícito del paciente”^{xcviii}. Y esta definición es independiente de la edad del paciente.

Varios estudios han demostrado que entre los adolescentes que informan de una historia de falta de consecución de la atención sanitaria que necesitaban, la razón más importante es que no querían que sus padres lo supieran^{xcix-ci}. Cuando los adolescentes preocupados por la confidencialidad solicitan atención, muchas veces la retrasan al máximo^{cii}, eligen de manera preferente los lugares que ellos creen que les ofrecen confidencialidad^{xcv,ciii,civ} y limitan su comunicación con los profesionales sobre las cuestiones que ellos consideran sensibles^{xcvi}.

Otros autores^{cv} concluyen que anualmente uno de cada 5 adolescentes siente que debe recibir atención sanitaria pero no la pide. Muchos de estos adolescentes participan en conductas que les colocan situaciones de alta vulnerabilidad a corto y largo plazo o presentan síntomas que sugieren que pueden tener ya necesidades emocionales y de problemas de salud física graves. La razón aducida más frecuentemente para no solicitar atención sanitaria es que “pensaban que el problema desaparecería” (63,3%), seguida de miedo por lo que el médico

podiera decir o hacer (15,5%), incapacidad para pagar la asistencia (14%) y preocupaciones sobre la confidencialidad (11,5%). De todos modos, en Canadá, donde existe seguro universal sanitario, entre el 40-60% de los adolescentes preocupados por cuestiones tales como problemas emocionales, control de natalidad, consumo de alcohol o enfermedades de transmisión sexual, no había consultado a un médico o enfermera ni creía que fuera a hacerlo^{cvi}.

De estudios recientes^{cvi-cix} puede deducirse que unas 18.000 menores de 19 años de quedan embarazadas al año, y que del 25% de adolescentes de entre 15 y 17 años que reconoce tener relaciones sexuales, sólo el 12,7% asegura que utiliza algún método anticonceptivo. La edad de las relaciones sexuales entre los jóvenes españoles se sitúa en torno a los 16 años para los chicos y los 17 para las chicas. El 26% de los menores de edad de entre 15-18 años (un 27,3% de los chicos y un 24,8% de las chicas) afirma haber tenido relaciones sexuales completas. El 16% las tiene a las edades de 15 y 16; este porcentaje sube al 36% a los 18 años. Un 10,4% de los chicos menores de 14 años afirma haber tenido relaciones sexuales completas frente a un 4,5% de las chicas.

La decisión de un adolescente de iniciar o retrasar la actividad sexual, así como la de utilizar o no contraceptivos, es compleja^{cx-cxvi}. A pesar de que la tendencia ha mejorado, siendo más frecuente el uso habitual de los mismos y mayor el uso de preservativos en la primera relación, la utilización consistente de los mismos sigue siendo un reto para ellos. La principal razón por la que los adolescentes no recurren a servicios sanitarios relacionados con la sexualidad es su preocupación por la confidencialidad^{cxvii}. En un estudio^{cxviii}, la mitad de las jóvenes menores de 18 años, solteras, sexualmente activas, estudiadas en clínicas de planificación familiar afirmaba que dejaría de asistir a la clínica en el caso de que se hiciera obligatorio notificar a los padres para conseguir anticonceptivos. Estas menores utilizarían entonces métodos menos seguros o ninguno. Un 12% adicional afirmó que retrasaría o abandonaría la utilización de servicios específicos tales como

los de prevención de enfermedades de transmisión sexual (ETS). Sólo un 1% afirmó que dejaría de tener relaciones sexuales.

Por otro lado, casi la mitad de un amplio grupo de adolescentes afirma obtener información sobre ETS, ejercicio y salud, uso de tóxicos, sexualidad, ligues, violencia y violación, y medicinas a través de Internet, y cree que esta fuente de información es digna de confianza^{cxix}. Frente a ello, pienso que lo que a los adolescentes les conviene es acceso a un profesional de la salud con el que tengan una relación de confianza que se mantenga a lo largo del tiempo. Les conviene alguien que conozca las cuestiones que les preocupan y que se acerque a la relación clínica sin prejuicios, con una actitud no juzgamental y con comprensión. La confidencialidad crea confianza en la relación clínica y permite que los adolescentes proporcionen información que de otra forma callarían. La confianza ayuda a reafirmar la relación y da poder al médico para sugerir y recomendar y asociarse con el adolescente de cara a la promoción de la salud.

Por supuesto que hay situaciones en que esta confidencialidad puede romperse, pero son excepcionales^{cxx}. En mi opinión, el profesional debe balancear siempre la necesidad de confidencialidad y de privacidad con la seguridad última del paciente. Las situaciones que amenazan la confidencialidad de la relación clínica son siempre difíciles de resolver, sus límites son difíciles de definir, y ni las leyes ni los códigos deontológicos los definen con la precisión que los profesionales suelen desear. Por ello se han propuesto siete criterios que parecen relevantes en las situaciones de posibles daños a terceros: 1. La gravedad del daño; 2. Su probabilidad; 3. La identificabilidad de sus víctimas potenciales; 4. Su inminencia; 5. La probabilidad de que una intervención pueda mitigarlo; 6. El grado en que se hayan utilizado otros medios distintos a la ruptura de la confidencialidad; y 7. Si el propio paciente es el agente del daño^{cxxi}.

Los contrarios al mantenimiento de la confidencialidad con el menor afirman que ésta usurpa los roles de los padres y que es antitética a los valores

familiares^{cxxii}. Sin embargo, la ausencia o la eliminación del consentimiento paterno no eliminan el valor del deseo de la implicación de los padres. Además, la mayoría de los sanitarios, y yo entre ellos, cree que esta implicación es generalmente positiva y que debe ser animada o apoyada^{cxxiii}, aunque no impuesta.

En cuanto al uso de drogas, sabemos que el consumo de tabaco entre los estudiantes de Enseñanzas Secundarias de 14-18 años el consumo se ha mantenido prácticamente estable entre 1994 y 2004, aunque entre los de 14-16 años puede haber descendido algo. Y la edad de inicio en su consumo se ha mantenido bastante estable, alrededor de los 13,9 en 1994 y 13,2 en 2004 si bien la edad de inicio de consumo diario se ha mantenido estable, alrededor de 14,5 años.

Sin embargo, el consumo intenso de alcohol entre los estudiantes de Enseñanzas Secundarias de 14-18 años ha aumentado. De hecho, en esta población, la prevalencia de borracheras en los 30 días previos a la encuesta pasó de 20,7% en 1994 a 34,8% en 2004 y la proporción de bebedores de riesgo en esos 30 días subió de 8,6 en 1996 a 12,3% en 2004. Las edades de inicio en el consumo de alcohol no han variado, y están alrededor de los 15,1 años para el consumo semanal, 13,7 años para el consumo esporádico.

La edad de inicio de consumo de cannabis ha bajado desde los 15,1 años en 1994 a 14,7 en 2004 habiéndose mantenido sin cambios para las demás drogas (cocaína, heroína, anfetaminas, alucinógenos, sustancias volátiles y éxtasis) Lo que sí ha sido disminuido claramente ha sido el riesgo percibido ante el consumo de alcohol, cannabis e hipnosedantes, tanto en la población general de 15-64 años como entre los estudiantes de Enseñanzas Secundarias. Además, en este grupo también ha disminuido el riesgo percibido ante el consumo esporádico de cocaína. Esta caída de percepción de riesgo ha sido especialmente intensa en el caso del cannabis: entre los estudiantes de 14-18 años, la proporción de los que pensaban que su consumo esporádico podía

producir muchos o bastantes problemas pasó de 60% en 1994 a 36,9% en 2004.

Reflexión y preguntas finales.

Múltiples investigaciones concluyen que los adolescentes de 14 años presentan una capacidad para la toma de decisiones comparable a la de los adultos jóvenes^{cxxiv}. Por todo ello creo conveniente recordar que son actitudes y conductas muy distintas ética y profesionalmente la manipulación de los menores, el mercadeo o regateo con ellos, la consulta con los menores informados y por último, la que considero más adecuada, la toma de decisiones compartidas con ellos en asuntos que a ellos les interesan. Las constataciones realizadas nos deben llevar a **proporcionar siempre al menor la mayor oportunidad posible de participar en la toma de decisiones**, y de decidir. Para que ésta sea una decisión prudencial más acertada aún deberemos seguir actuando, investigando, evaluando y corrigiendo nuestras actuaciones, de forma prudencial y comprometida.

No quiero terminar sin plantear públicamente unas preguntas que me hago y hago. Si damos lo hasta aquí expresado por bueno, ¿cuáles son los motivos para impedir legalmente que un menor redacte un documento de voluntades anticipadas? ¿Cuáles son las razones para impedir por ley que un menor pueda donar sus órganos (riñón, parte del hígado) en vivo? ¿Cuáles los razonamientos que impiden la práctica de una interrupción de embarazo a una menor con sólo su consentimiento? ¿Cuáles las excusas para no dar la llamada "píldora del día después" a las adolescentes que acuden preocupadas por un posible embarazo a los centros de salud y hospitales?

Todo lo dicho hasta ahora hace referencia a "nuestros" menores. Sin embargo, vivimos hoy en un mundo globalizado y en un país en el que la inmigración adquiere cada día una mayor importancia. La ley interesa por igual a todos los ciudadanos pero la ética ha de analizar los casos concretos en las situaciones concretas y buscar las mejores salidas

posibles a los problemas específicos. ¿Cómo comparamos la diferente concepción de menor, menor maduro e incluso de adulto que tienen otras culturas con nuestros análisis? ¿Qué tipo de repercusión tienen estas diferencias en la atención a la salud? ¿Debe tener alguna? Preguntas que dejo abiertas porque considero deben ser respondidas entre todos, de forma razonada, razonable y prudencial.

Quiero terminar con la frase de Melton^{xxxv} que hablando de los niños afirma que “Nada es más

fundamental para la experiencia de ser tenido seriamente en cuenta que poder decir algo, ser escuchado educadamente y ver que tu punto de vista es tenido en cuenta –en efecto, ser parte de una conversación en cuestiones que tienen significado personal.” Por cierto, también para los adultos en nuestras relaciones interpersonales, de pareja, con nuestros empleadores, con los políticos, etc.

i Abella RS. The law of the family in the year of the family. *Ottawa Law Rev* 1994; 126: 533

ii P. SIMÓN LORDA, *La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias. Un problema ético y jurídico*, Revista Española de Pediatría, 1997, advierte de cómo los estudios de psicología evolutiva de la moralidad demuestran que la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez moral entre los 13 y los 15 años.

iii Hipócrates. *Tratados hipocráticos*. Madrid: Gredos, 2000

iv Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970; 95-96; 1142-13-14

v Acuff D. *What Kids Buy and Why: The Psychology of Marketing to Kids*. New York: The Free Press, 1997

vi United States. Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention. *Youth Media Campaign. Resources and Reports*. DHSS: 2004

vii Office of National Drug Control Policy. *National Youth Anti-Drug Media Campaign*, 2002

viii Steinberg L. *Adolescence*. 5th ed. New York: McGraw-Hill, 1999

ix Neinstein L. *Adolescent Health Care: A Practical Guide*. 4th ed. Philadelphia: Lippincott, Williams and Wilkins, 2002

x Juszczak L, Sadler L. Adolescent development: setting the stage for influencing health behaviors. *Adolesc Med* 1999; 10: 7-17

xi Crawford D, Bodine R. Conflict resolution education: A guide to implementing programs in schools, youth-serving organizations, and community and juvenile justice settings. US Department of Justice and US Department of Education, 1997

xii Eccles J. The development of children ages 6 to 14. *The Future of Children* 1999; 9: 30-44

xiii Hill J. Early adolescence: a framework. *J Early Adolesc* 1983; 3: 1-21

xiv Mangrulkar L, Whitman CV, Posner M. *Enfoque de habilidades para la vida para un desarrollo saludable de niños y adolescentes*. Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2001

xy Organización Mundial de la Salud. *The Development of Dissemination of Life Skills Education: An Overview*. Programme on Mental Health. Ginebra, 1993

xxvi Piaget J. Intellectual Evolution from Adolescence to Adulthood. *Human Development* 1972; 15: 1-12

xxvii Kohlberg L. *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1992

xxviii Pipher M. *Reviving Ophelia. Saving the Selves of Adolescent Girls*. New York: Ballantine Books, 1994

xxix Erikson E. *Identity, youth and crisis*. New York: Norton, 1968

xxx Gracia D. Salud, ecología, calidad de vida. *JANO* 1988; 35: 133-143

xxxi Weir RF, Peters Ch. Affirming the decisions adolescents make about life and death. *Hastings Cent Rep* 1997; 27: 29-40

xxxii Derish MT, Heuvel KV. Mature minors should have the right to refuse life-sustaining medical treatment. *J Law Med Ethics* 2000; 28: 109-124

xxxiii Levine M, Anderson E, Ferreti L, Steinberg K. Legal and ethical issues affecting clinical child psychology. En: TH Ollendick, RJ Prinz (eds.). *Advances in Clinical Child Psychology*. New York: Plenum Press, 1993, 81-117

xxxiv Weithorn LA, Campbell SB. The competency of children and adolescents to make informed decisions. *Child Dev* 1982; 53: 1589-1598

xxxv American Academy of Pediatrics Comité on Bioethics. Guidelines on forgoing life-sustaining medical treatment. *Pediatrics* 1994; 93: 532-536

xxxvi Wert DC, Fangos JH, Reily PR. Genetic testing for children and adolescents. Who decides?. *JAMA* 1994; 272: 875-881

xxxvii Leikin S. The role of adolescents in decisions concerning their cancer therapy. *Cancer* 1993; 71: 3342-3346

xxxviii Grisso T, Vierling L. Minors' consent to treatment: A developmental perspective. *Professional Psychology* 1972; 9: 412-426

xxxix English A. Treating adolescents: legal and ethical consequences. *Med Clin North Am* 1990; 74: 1097-1112

xxx Gracia D, Jarabo Y, Martín N, Ríos J. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. *Med Clin* 2001; 117: 179-190

xxxxi Schachter D, Kleinman I, Harvey W. Informed consent and adolescents. *Can J Psychiatry* 2005; 50: 534-540

xxxii Appelbaum PS, Lidz CW, Meisel A. *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*. New York: Oxford University Press, 1989

- xxxiii Grisso T, Appelbaum PS. *Assessing competence to consent to treatment. A guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998
- xxxiv Lidz CW, Appelbaum PS, Meisel A. Two models of implementing informed consent. *Arch Int Med* 1988; 148: 1385-1389
- xxxv President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical Research and Behavioral Research. *Making Health Care Decisions: A Report of the Ethical and Legal Implications of Informed Consent on the Patient-Practitioner Relationship*. Washington, DC: US Government Printing Office, 1982
- xxxvi Hall AS, Lin MJ. Theory and practice of childrens' rights: Implications for mental health counselors. *J Mental Health Couns* 1995; 17: 63-80
- xxxvii Grochowski EC, Bach S. The ethics of decision making with adolescents: what a physician ought to know. *Adolesc Med* 1994; 5: 485-495
- xxxviii Kuczewski MG. Reconciling the family. The process of consent in medical decisionmaking. *Hastings Cent Rep* 1996; 26: 30-37
- xxxix Meisel A. The legal consensus about forgoing life-sustaining treatment: its status and prospects. *Kennedy Inst Ethics J* 1992; 2: 309-345
- xl Faden RR, Beauchamp TL. *A history of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986
- xli Hardwig J. What about the family? *Hastings Cent Rep* 1990; 20: 5-10
- xlii Nelson JL. Taking families seriously. *Hastings Cent Rep* 1992; 22: 6-12
- xliiii Blustein J. The family in medical decisionmaking. *Hastings Cent Rep* 1993; 23: 6-13
- xliiv MacKenzie C, Stoljar N. *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*. Oxford: Oxford University Press, 2000
- xlv Oberman M. Minor rights and wrongs. *J Law Med Ethics* 1996; 24: 127-138
- xlvi Leikin SL. Minors' assent or dissent to medical treatment. *J Pediatr* 1983; 102: 169-176
- xlvii Pearce J. Consent to treatment during childhood: The assessment of competence and avoidance of conflict. *Br J Psych* 1994; 165: 713-716
- xlviii Glenn CM. Ethical issues in the practice of child psychotherapy. *Professional Psychology* 1980; 11: 613-619
- xlix Belter RW, Grisso T. Childrens' recognition of rights violations in counseling. *Professional Psychology* 1984; 15: 899-910
- ¹ Melton GB. Childrens' participation in treatment planning: Psychological and legal issues. *Professional Psychology* 1981; 12: 246-252
- li Scherer DG, Repucci ND. Adolescents' capacities to provide voluntary informed consent: The effects of parental influence and medical dilemmas. *Law Human Behav* 1988; 12: 123-141
- lii Brock DW. Childrens' competence for health care decision-making. En: Kopelman LM, Moskop JC, (eds.). *Children and Health Care: Moral and Social Issues*. Boston, MA: Kluwer Academic Publishers, 1989
- liii Lewis CE, Lewis MA, Ifekwunigwe M. Informed consent by children and participation in an influenza vaccine trial. *Am J Public Health* 1978; 68: 1079-1082
- liv Weithorn LA, Campbell SB. The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions. *Child Develop* 1982; 53: 1589-1598
- lv Mann L, Harmoni R, Power C. Adolescent decision-making: The development of competence. *J Adolescence* 1989; 12: 265-278
- lvi Dickey SB, Deatrick J. Autonomy and decision-making for health promotion in adolescence. *Ped Nursing* 2000; 26: 461-467
- lvii Angst DB, Deatrick JA. Involvement in health care decisions: Parents and children with chronic illnesses. *J Fam Nursing* 1996; 2: 174-194
- lviii Beidler SM, Dickey SB. Childrens' competence to participate in health care decisions. *JONA's Health Care Law, Ethics and Regulation* 2001; 3: 80-87
- lix Hollen P, Hobbie W, Finley S. Cognitive late effect factors related to decision-making and risk behaviors of cancer surviving adolescents. *Cancer Nursing* 1997; 20: 305-314
- lx Glass KC. Refining definitions and devising instruments: two decades of assessing mental competence. *Int J Law Psychiatry* 1977; 20: 5-33
- lxi Drane JF. Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments. *JAMA* 1984; 252: 925-927
- lxii Drane FJ. The many faces of competency. *Hastings Cent Rep* 1985; 15: 17-21
- lxiii Gaylin W. The competence of children: no longer all or none. *Hastings Cent Rep* 1982; 12: 33-38
- lxiv Hart R. *Childrens' participation: from tokenism to citizenship*. Florence: UNICEF, 1992
- lxv Lansdown R. Listening to children: have we gone too far (or not far enough)? *J R Soc Med* 1998; 91: 457-461
- lxvi American Academy of Pediatrics, Committee on Bioethics. Informed consent, parental permission, and assent in pediatric practice. *Pediatrics* 1995; 95: 314-317
- lxvii Royal College of Paediatricians and Child Health. *Withholding or withdrawing life saving treatment in children: a framework for practice*. London: Royal College of Paediatricians and Child Health, 1997
- lxviii Varhely SC, Cowles J. Counselor self-awareness and client confidentiality: A relationship revisited. *Elementary School and Guidance Counseling* 1991; 25: 269-276
- lxix Young TL, Zimmerman R. Clueless: parent knowledge of risk behaviors of middle school students. *Arch Pediatr Adolesc Med* 1998; 152: 1137-1139
- lxx Traugott I, Alpers A. In their own hands: adolescents' refusals of medical treatment. *Arch Pediatr Adolesc Med* 1997; 151: 922-927
- lxxi Holder AR. Disclosure and consent problems in pediatrics. *Law Med Health Care* 1988; 16: 219-228
- lxxii Ford CA, English A. Limiting confidentiality of adolescent health services. What are the risks? *JAMA* 2002; 288: 752-753
- lxxiii McGee R, Williams S. Does low self-esteem predict health-compromising behaviours among adolescents? *J Adolesc* 2000; 23: 569-582
- lxxiv Heaven PCL. *Adolescent health: The role of individual differences*. London: London, 1996
- lxxv Williams PG, Holmbeck GN, Greenley RN. Adolescent health psychology. *J Consult Clin Psychol* 2002; 70: 828-842

- ^{lxxvi} Sells CW, Blum RW. Morbidity and mortality among US adolescents: an overview of data and trends. *Am J Public Health* 1996; 86: 513-519
- ^{lxxvii} Ozer EM, Brindis CD, Millstein SG, Knopf DK, Irwin CE. *America's adolescents: Are they healthy?*. San Francisco, CA: National Adolescent Health Information Center, Division of Adolescent Medicine, Dept of Pediatrics and Institute for Health Policy Studies, School of Medicine, University of California, San Francisco, 1997
- ^{lxxviii} Turner RA, Irwin CE Jr, Tschann JM, Millstein SG. Autonomy, relatedness and initiation of health risk behaviors in early adolescence. *Health Psychol* 1993; 12: 200-208
- ^{lxxix} Broadstock M, Borland R, Hill D. Knowledge, attitudes and reported behaviours relevant to sun protection and sun tanning in adolescents. *Psychol Health* 1996; 11: 527-539
- ^{lxxx} Brindis CD, Morreale MC, English A. The unique health care needs of adolescents. *Health Insurance for Children* 2000; 13: 117-135
- ^{lxxxi} Breinbauer C, Maddaleno M. *Youth: choices and change. Promoting healthy behaviours in adolescents*. Washington: PAHO, 2006
- ^{lxxxii} Weissman JS, Epstein AM. *Falling Through the Safety Net: Insurance Status and Access to Health Care*. Baltimore, Md: Johns Hopkins University Press, 1994
- ^{lxxxiii} Millman M., ed. *Access to Health Care in America*. Washington, DC: National Academy Press, 1993
- ^{lxxxiv} Anderson R, Newman JF. Societal and individual determinants of medical care utilization in the United States. *Milbank Quarterly* 1973; 51: 95-124
- ^{lxxxv} Aday LA, Andersen R. *Development of Indices of Access to Medical Care*. Ann Arbor, Mich: Health Administration Press, 1975
- ^{lxxxvi} Wood DL, Hayward RA, Corey CR, Freeman HE, Shapiro MF. Access to medical care for children and adolescents in the United States. *Pediatrics* 1990; 86: 666-673
- ^{lxxxvii} Bartman BA, Moy E, D'Angelo LJ. Access to ambulatory care for adolescents: the role of a usual source of care. *Journal of Health Care Poor Underserved* 1997; 8: 214-226
- ^{lxxxviii} Newacheck PW. Improving access to health services for adolescents from economically disadvantaged families. *Pediatrics* 1989; 84: 1056-1063
- ^{lxxxix} Newacheck PW, Stoddard JJ, Hughes DC, Pearl M. Health insurance and access to primary care for children. *NEJM* 1998; 338: 513-542
- ^{xc} Lieu TA, Newacheck PW, McManus MA. Race, ethnicity, and access to ambulatory care among US adolescents. *Am J Public Health* 1993; 83: 960-965
- ^{xc1} Ginsburg KR, Slap GB, Cnaan A, Forke CM, Balsley CM, Rouselle DM. Adolescents' perceptions of factors affecting their decisions to seek health care. *JAMA* 1995; 273: 1913-1918
- ^{xc2} Lane M, McBright J, Garrett K, Millstein S, Bolan G, Ellen J. Features of sexually transmitted disease services important to African American adolescents. *Arch Pediatr Adolesc Med* 1999; 153: 829-833
- ^{xc3} Chamie M, Eisman S, Forrest DJ, Orr MT, Torres A. Factors affecting adolescents' use of family planning clinics. *Fam Plann Perspect* 1982; 14: 126-139
- ^{xc4} Marks A, Malizio J, Hoch J, Brody R, Fisher M. Assessment of health needs and willingness to utilize health care resources of adolescents in a suburban population. *J Pediatr* 1983; 102: 454-606
- ^{xcv} Cheng TL, Savageau JA, Sattler AL, DeWitt TG. Confidentiality in health care: a survey of knowledge, perceptions, and attitudes among high school students. *JAMA* 1993; 269: 1404-1407
- ^{xcvi} Ford CA, Millstein SG, Halpern-Felsher BL, Irwin CE. Influence of physician confidentiality assurances on adolescents' willingness to disclose information and seek future health care. *JAMA* 1997; 278: 1029-1034
- ^{xcvii} Thrall I, McCloskey L, Ettner S, Rothman E, Tighe J, Emans SJ. Confidentiality and adolescents' use of providers for health information and for pelvic exams. *J Adolesc Health* 2000; 27: 25-33
- ^{xcviii} Sigman GS, O'Connor C. Exploration for physicians of the mature minor doctrine. *J Pediatr* 1991; 119: 520-525
- ^{xcix} Schoen C, Davis K, DesRoches C, Shekhdar A. *The Health of Adolescent Boys: Commonwealth Fund Survey Findings*. New York, NY: The Commonwealth Fund, 1998
- ^c Schoen C, Davis K, Collins KS, Greenberg L, DesRoches C, Abrams M. *The Commonwealth Fund Survey of the Health of Adolescent Girls*. New York, NY: The Commonwealth Fund, 1997
- ^{ci} Klein J, Wilson K, McNulty M, Kappahn C, Collins K. Access to medical care for adolescents: results from the 1997 Commonwealth Fund Survey of the Health of Adolescent Girls. *J Adolesc Health* 1999; 25: 120-130
- ^{cii} Zabin L, Stark H, Emerson M. Reasons for delay in contraceptive clinic utilization: adolescent clinic and nonclinic populations compared. *J Adolesc Health* 1991; 12: 225-232
- ^{ciii} Sugerman S, Halfon N, Fink A, Anerson M, Valle L, Brook R. Family planning clinic clients: their usual health care providers, insurance status, and implications for managed care. *J Adolesc Health* 2000; 27: 25-33
- ^{civ} Meehan TM, Hansen H, Klein WC. The impact of parental consent on the HIV testing of minors. *Am J Public Health* 1997; 87: 1338-1341
- ^{cv} Ford CA, Beraman PS, Moody J. Foregone health care among adolescents. *JAMA* 1999; 282: 2227-2234
- ^{cv1} Hodgson C, Feldman W, Corber S, Quinn A. Adolescent health needs. II: utilization of health care by adolescents. *Adolescence* 1986; 21: 383-390
- ^{cv2} Moreno MC, Muñoz MV, Pérez PJ, Sánchez I. *Los adolescentes españoles y su salud*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 2002
- ^{cv3} DGPNSD. *Encuesta estatal sobre uso de drogas en Enseñanzas Secundarias (ESTUDES)*, 2005
- ^{cv4} Grupo de Trabajo de Promoción de la Salud. Comisión de Salud Pública. Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. *Recomendaciones sobre salud sexual y reproductiva, consumo de alcohol y salud mental*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 2002
- ^{cv5} Boyer CB. Psychosocial, behavioral, and educational factors in preventing sexually transmitted diseases. *Adolesc Med State Art Rev* 1990; 1: 597-613
- ^{cv6} Brooks-Gunn J, Furstenburg FF. Adolescent sexual behavior. *Am Psychol* 1989; 10: 249-257
- ^{cv7} Jaskiewicz JA, McAnarney ER. Pregnancy during adolescence. *Pediatr Rev* 1994; 15: 32-38
- ^{cv8} Allan Guttmacher Institute. *Sex and America's Teenagers*. New York, NY: The Allan Guttmacher Institute, 1994
- ^{cv9} Hollert S, Hayes C, eds. Contraceptive decision-making among adolescents. En: *Risking the Future: Adolescent Sexuality, Pregnancy, and Childbearing, II*. Washington, DC: National Academy Press, 1987

^{cxv} Jaccard J, Dittus PJ, Gordon VV. Maternal correlates of adolescent sexual and contraceptive behavior. *Fam Plann Perspect* 1996; 28: 159-165

^{cxvi} Jaccard J, Dittus PJ. *Parent-Teen Communication. Toward the Prevention of Unintended Pregnancy*. New York, NY: Springer-Verlag, 1991

^{cxvii} American Medical Association, Council on Scientific Affairs. Confidential health services for adolescents. *JAMA* 1993; 269: 1420-1424

^{cxviii} Reddy DM, Flemin R, Swain C. Effect of mandatory parental notification on adolescent girls' use of sexual health care services. *JAMA* 2002; 288: 710-714

^{cxix} Borzekowski DLG, Rickert VI. Adolescent cybersurfing for health information: A new resource that crosses barriers. *Arch Pediatr Adolesc Med* 2001; 155: 813-817

^{cxx} Silber TI. Justified paternalism in adolescent health care. *J Adolesc Health Care* 1989; 10: 449-453

^{cxxi} Rivas JD, Sulmasy DP. Sexually transmitted disease: A private matter?. *Am Fam Phys* 2002; 66:1351-2, 1355

^{cxxii} Duplantier F. *Parental rights check state power*. America's Future Newsletter Online 1996. Accesible en: www.americasfuture.net

^{cxxiii} Hofmann AD. Consent and confidentiality. En: Greydanus D, Hofmann AD (eds.). *Adolescent Medicine*. Stamford, CT: Appleton and Lange, 1997

^{cxxiv} Kuther TL. Medical decision-making and minors: issues of consent and assent. *Adolescence* 2003; 38: 343-358

^{cxxv} Melton GB. Parents and children: Legal reform to facilitate childrens' participation. *Am Psychol* 1999; 54: 935-944

DERECHOS DE LOS PACIENTES Y USUARIOS ANTE LA GESTIÓN PRIVADA DE SERVICIOS SANITARIOS.

Leopoldo Tolivar Alas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

ABSTRACT.- The aim of this communication is to analyse the benefits of private sanitary services taking into account all possible roles of private contributions, from indirect management of public organizations to economical concurrence with them. Everything in order to measure the actual guarantees offered to patients and users in general. The reference for this research is made up of public sanitary standards and of the relevant fundamental rights –both social and of proceedings, and both with a constitutional and a legal configuration.

The quite justified suspicion of the rightful private search of economic profit interfering with extension and quality of sanitary service (especially in those territorial Administrations who have opted for a private management through agreements or licences of public works) encourages to make a study about how this sanitary services are finally affected –in comparison with the general catalogue in sanitary law- and whether their activity is controlled (if so, by what means) by public Administrations. Among the different subjects to approach some have to be on the foreground due to their social implications: free choice of practitioner and medical establishment –considering here the trip as a possible additional problem- and loss of protection (both in material and in formality terms) in specific fields as geriatrics and mental health. In the latest case, it is significant how the rights of information and consent seem to lose importance and how personal and sanitary particulars tend to be misdirected. In this area

great development and good progresses have been made in our country and therefore a solid doctrine has come along, nevertheless, there are still some single alarming situations.

As we know, in the field of patrimonial responsibility of Administration, spectacular advances have been made in the objective equalization of damages coverage. However, there are still zones of shade and, as above signed, allowances entirely deprived by compensatory methods which are not easy to bring into line with the public ones. And to this it must be joined the reaction, both normative and academic, to the presumed excesses of the process of objectivity that might put in risk the future viability of the public system itself; reaction that, if continues, would drag also to the compound management of the sector.

In fact, the redefinition of concerts and agreements as instruments to link, in an effective and efficacious way, private initiatives to the public net would be a suitable mechanism in order to secure patients' rights and to specify control skills by the public power. As well as to introduce systems of competitive concurrence in the selection of centres and private establishments that could grant the administrative option for the best one, something that would lead at once to better satisfy the users who are, in the end, the actual receivers of the public services.

The present communication will also treat the impact of some social rights, included in the new Statutes of Autonomy (recently approved or under production), since they could somehow contribute to the homologation of quality standards whoever offered the service.

To end with, a new interpretation of article 149.1.18^a of the Spanish Constitution will be for-

mulated, in a sense most favourable to patients and users. This article contents the mandate to guarantee "a common treatment" before the diverse Public Administrations and might be read in the sense that it spreads, at least in the substantial essence, to the diverse ways of administering or, if preferred, to the different modalities of management.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.- II. REFERENCIA A LA PLURALIDAD NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PACIENTES Y USUARIOS.- III. LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA.- IV. NUEVAS PREVISIONES DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.- V. PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS USUARIOS Y PACIENTES.- VI. EL RECURSO AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS: 1. EL MARCO, DESBORDADO, DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN HOSPITALARIA.- 2. LA CASUÍSTICA MÁS RECIENTE.- 3. FÓRMULA INIDÓNEA O FÓRMULA ALARMANTE.- 4. ORGANIZACIÓN DUAL Y DISFUNCIONES DE PERSONAL.- VII. REFLEXIONES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.- VIII. APUNTE FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

El texto de la ponencia que se ofrece en las líneas que siguen, parte de la existencia de un progresivo fenómeno privatizador, fácilmente constatable al examinar la normativa de los últimos años sobre modelos de gestión de servicios sanitarios. La presencia secundaria y accesorio de concesionarios de servicios, incluso la figura de los conciertos, como modelo de prestación indirecta, se han quedado en fórmulas tibias, al lado de figuras como la que, sin duda forzosamente, se viene utilizando en los últimos años para explotar los Hospitales públicos bajo la fórmula de concesiones de obra pública. La iniciativa económica privada, ya no sólo compite desde sus centros sanitarios con la organización pública, sino que llega a adentrarse en ésta y gestionar sus servicios no estrictamente sanitarios o, como los denominamos en este trabajo, pre o parasanitarios.

Este cambio puede incidir en la ciudadanía, por lo que es preciso calibrar los derechos y garantías que se ofrecen efectivamente a los pacientes y usuarios. Tal examen, que ha de efectuarse con una cierta perspectiva temporal, habrá de tener como

referencia los estándares de calidad del sistema público y los derechos fundamentales, sociales y procedimentales que aparecen en liza, desde su configuración constitucional o legal.

El temor, posiblemente fundado, de que el legítimo ánimo de lucro se yuxtaponga a la extensión y calidad de las prestaciones sanitarias, particularmente en aquellas Administraciones territoriales que han optado por una gestión indirecta por vía, sobre todo, de concesiones de obra pública, aconseja un estudio acerca de las modulaciones que pueden sufrir dichas prestaciones partiendo del catálogo general que quedan en manos de las Administraciones. Entre los supuestos susceptibles de abordar, por su impacto social, se encontrarían el derecho efectivo a la elección de médico y centro, con el problema añadido de los desplazamientos, la merma de las garantías materiales y formales en campos como la geriatría o la salud mental, siendo significativa la hipotética depreciación del derecho a la información o al consentimiento informado o, en fin, el cumplimiento de la normativa de protección y tratamiento adecuado de los datos clínicos del paciente. Este último es un campo donde, pese a los avances registrados y la sólida doctrina elaborada en nuestro

país siguen existiendo situaciones aisladas preocupantes.

Pero también es interesante adentrarse en el impacto que para el propio personal sanitario público puede ocasionar la gestión ultra privada de los Hospitales. Sin descartar, en esa deriva privatista, una nueva concepción gestora de la propia atención primaria de la salud, lo que sí incidiría notablemente, de crearse infraestructuras estancas, sobre derechos tan sensibles a los ciudadanos como la elección de médico y centro.

En fin, sabido es que en el campo de la responsabilidad patrimonial se han dado, en los últimos años, avances espectaculares en la igualación objetiva de la cobertura de daños. No obstante siguen existiendo zonas de sombra y, como ya se ha apuntado, prestaciones íntegramente privadas con regímenes resarcitorios muy poco homologables con los públicos. A ello ha de unirse la reacción tanto normativa como académica a los supuestos excesos de la objetivación que podrían poner en riesgo la viabilidad futura del propio sistema público; reacción que, de progresar, arrastraría también a la gestión concertada del sector. Máxime cuando la dualidad de fuero va a reaparecer en el mundo hospitalario ante los múltiples servicios a prestar por un contratista privado, sometido a la responsabilidad civil que se deriva de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

También se analizará en esta ponencia el impacto de algunos derechos sociales incluidos en los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados o en fase de elaboración, por cuanto puedan guardar relación con la homologación de los estándares de calidad con independencia de quién preste el servicio.

Finalmente, intentaremos reinterpretar, en el sentido más favorable a pacientes y usuarios, el mandato del artículo 149.1.18ª de la Constitución española, referido a la garantía de “un tratamiento común” ante las diversas Administraciones Públicas. Visión objetiva de la *Administración*, de la que podría colegirse que ese derecho se extiende, en lo

sustancial, a las diversas formas de administrar o, si se prefiere, a las distintas modalidades de gestión.

II. REFERENCIA A LA PLURALIDAD NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PACIENTES Y USUARIOS.

Antes de referirnos a la incidencia que las fórmulas privatizadoras pueden tener sobre el estatuto jurídico de pacientes y usuarios¹, conviene recordar la disparidad de fuentes que reconocen y tutelan los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la salud y de las Administraciones Públicas con competencia en este ámbito. Pluralidad que se traduce en diversidad de rango, de enfoque –general o sectorial- y de filosofía, dada la sucesión de Gobiernos que viene produciéndose tras la aprobación constitucional.

Precisamente, la Constitución española (CE), que reconoce, en primer término la igualdad de los españoles ante la ley (art.14), recoge muy diversos derechos en este campo. Incluido el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1), tan vinculado al principio de confidencialidad y a la protección de datos regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD); o el de acceso –y promoción- en condiciones de igualdad, a cargos y funciones públicas que también afecta, evidentemente, al empleo público sanitario (art. 23.2). Tampoco debe olvidarse que, de la garantía de la libertad de credo y de las relaciones de cooperación con las confesiones, en atención a las creencias de la sociedad (art. 16), surge el derecho de asistencia religiosa en los hospitales, previsto en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Liber-

¹ De acuerdo con las definiciones del art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, se entiende por *paciente* la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud. Diversamente, el *usuario* es la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria.

tad Religiosa². Entre los principios rectores del orden socioeconómico, necesitados de un desarrollo legal para metamorfosearse en derechos plenos, se encuentra la asistencia a todos los ciudadanos en “un régimen público de Seguridad Social” (art. 41), las prestaciones preventivas y asistenciales para la protección de la salud (art. 43.1 y 2) o la garantía de la defensa de consumidores y usuarios (art. 51.1). También, aunque lejos del catálogo de derechos, es esencial el reconocimiento del derecho a ser indemnizado, mediante un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a todas las Administraciones, de los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 en relación con el 149.1.18ª CE).

Los derechos procedimentales de los artículos 35 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJyPAC)³, también son invocables en el ámbito sanitario, en unos casos de forma directa y en otros como norma supletoria; caso de lo señalado por la Disposición Adicional Única del Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, que regula los servicios de información administrativa y atención al ciudadano y que, en virtud de la citada Disposición, es aplicable a la Administración sanitaria sin perjuicio de sus especialidades normativas (hoy contenidas sustancialmente en la Ley 41/2002, de 14 de

noviembre, a la que, a continuación nos referiremos).

Una tabla de derechos con vocación de exhaustividad la encontramos en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, modificado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (LRAPyDOMIDC).

Son, igualmente, del mayor interés, los artículos 3 (Titulares de derechos), 4 (Derecho a la segunda opinión facultativa, de asistencia en la propia Comunidad Autónoma en un plazo máximo y de asistencia en desplazamiento, conforme al catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud) y 7 a 21 (prestaciones y cartera de servicios), de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, del Sistema Nacional de Salud.

En ejecución de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la última Ley citada, recientemente se ha expedido el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Además de las prestaciones comunes, que las Comunidades Autónomas deberán dispensar a los desplazados en las mismas condiciones y con las mismas garantías que a los residentes, de acuerdo a principios de territorialidad e igualdad (art. 4.c de la Ley 16/2003), aquéllas disponen de facultades para incrementar, con una cartera complementaria (art. 11 del RD 1030/2006), lo que, en definitiva, son derechos de pacientes y usuarios.

Por último no debe desdeñarse, a modo de red protectora, lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, máxime cuando se camina en la dirección de separar, en un mismo recinto hospitalario, prestaciones sanitarias –acogidas a las garantías de las normas ya citadas- y prestaciones no estrictamente sanitarias.

² El Acuerdo con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, no prevé la asistencia religiosa en los hospitales españoles –ni en otras dependencias públicas-, pero tampoco deroga expresamente el punto XXXIII del Concordato de 27 de agosto de 1953, donde se señalaba que “El Estado, de acuerdo con la competente Autoridad eclesiástica, proveerá lo necesario para que en los hospitales, sanatorios, establecimientos penitenciarios, orfanatos y centros similares, se asegure la conveniente asistencia religiosa a los acogidos, y para que se cuide la formación religiosa del personal adscrito a dichas instituciones...” Inciso, este último, contrario al principio de libertad religiosa consagrado en la Constitución. Pero se añadía: “Igualmente procurará el Estado que se observen estas normas en los establecimientos análogos de carácter privado”. Hoy en día, la cobertura de este derecho de asistencia religiosa viene dada por el citado art. 2.3 de la Ley orgánica de Libertad Religiosa.

³ Véase L. TOLIVAR ALAS, “Sobre el carácter novedoso de algunos derechos procedimentales”, *Revista Española de Derecho administrativo*, Civitas, nº 80, 1993, págs. 623-634.

III. LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), afectado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LRAPyDOMIDP), todos –obsérvese que no se dice los españoles- tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias:

“1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

10. A participar, a través de las Instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regule el trabajo sanitario en los centros de Salud⁴.

14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

⁴ Aún cuando todas las Comunidades Autónomas han desarrollado y detallado este derecho, tan apreciado por los usuarios, podemos citar algún caso concreto de regulación prolija. Así, en el Sistema Sanitario Público de Andalucía se reconoce el derecho a la libre elección de médico general y pediatra. Los usuarios pueden elegir entre los médicos existentes en su municipio, y también entre el resto de los médicos del Distrito Sanitario al que corresponda el domicilio.

A través de sus representantes legales, los menores de siete años pueden elegir pediatra y los niños entre siete y catorce años pueden optar por médico general o pediatra. Los usuarios que deseen elegir médico pueden solicitarlo en la unidad de atención al usuario del propio centro o bien en el Distrito Sanitario. En el centro les facilitarán información sobre los médicos ofertados, los horarios de consultas o los programas que se realizan, pudiendo solicitar una entrevista con el facultativo previa a la elección.

La solicitud de asignación de médico puede denegarse cuando “en aras de una mayor calidad asistencial no sea conveniente la asignación de más usuarios a un determinado médico” o bien existan otras dificultades que lo justifiquen, como la dispersión geográfica. Véanse, al respecto, el Decreto 60/99, de 9 de marzo, sobre libre elección de médico y pediatra (BOJA 13/4/99) y la Orden de 6 de junio de 1999, de la Consejería de Salud, por la que se regula el procedimiento para la libre elección y se establecen las normas de asignación de médico general y pediatra en la comunidad autónoma de Andalucía (BOJA 17/6/99).

Por su parte, el reciente Decreto 37/2006, de 24 de marzo, del Consell de la Generalitat, regula la libre elección de facultativo y centro, en el ámbito de la Sanidad Pública de la Comunidad Valenciana, aunque ya la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente recoge, en su artículo 3. 11, el derecho de todos los pacientes de dicho territorio a elegir médico/pediatra y centro, así como facultativo especialista dentro de las posibilidades organizativas del Sistema Sanitario Público Valenciano.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4 y 7 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados”.

Como viene destacando la doctrina, ni el principio de igualdad, ni el derecho de participación, ni la posibilidad legal de reclamar o presentar sugerencias son privativos de este ámbito, aunque en el mismo puedan presentar, como en los demás servicios públicos, o en diversas relaciones de especial sujeción, determinadas peculiaridades. Máxime, dado el valor esencial de todo cuanto concierne a la salud de los ciudadanos, en la que principios como la igualdad, la universalidad de acceso o la continuidad prestacional no pueden admitir excepciones, so riesgo de poner en entredicho la vida de las personas.

IV. NUEVAS PREVISIONES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Dado el mimetismo con el que suelen abordarse las reformas de los Estatutos de Autonomía, parece probable que más de una Comunidad Autónoma siga la estela marcada por Cataluña en su nuevo texto de autogobierno (aprobado por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio), en el que se detallan y garantizan derechos en el ámbito de la salud, complementando y ratificando la efectividad del principio rector contenido en el artículo 43 CE. El Estatuto de Cataluña, en su art. 23, establece que

1. “Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley.
2. Los usuarios de la sanidad pública tienen derecho al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de médico o

médica⁵ y de centro sanitario, en los términos y las condiciones que establecen las leyes.

3. Todas las personas, con relación a los servicios sanitarios públicos y privados, tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que puedan acceder y los requisitos necesarios para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen por ley⁶”.

El mismo texto estatutario encomienda a los poderes públicos la garantía de la protección de la salud y la defensa de derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios (art. 49.1) y declara el derecho de todas las personas a acceder en condiciones de igualdad, tanto a los servicios públicos como a los servicios económicos de interés general, debiendo las Administraciones fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad exigibles, con independencia del régimen prestacional de los mismos (art. 30).

Por su parte, el nuevo artículo 9.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana (reformado por Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril), garantiza a los ciudadanos la prestación de servicios públicos de calidad.

V. PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS USUARIOS Y PACIENTES

En principio, la confianza de usuarios y pacientes hacia el tratamiento de sus datos, no debiera resentirse o devaluarse en función del tipo de ges-

⁵ Paradójicamente, esta concesión a la igualdad de género podría llevar a invocar un falso derecho de elección de sexo del profesional, por ejemplo en atención a prejuicios religiosos o atavismos de otra etiología.

⁶ Véanse los arts. 4, 8 y 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

ción del centro sanitario (público en sus distintas modalidades, concertado, concedido o íntegramente privado). Otra cosa es la garantía que a los ciudadanos puedan ofrecer los principios constitucionales de legalidad y objetividad⁷ que presiden la actuación de las Administraciones Públicas. Pese a sus muchos defectos y rémoras, cualquier particular conoce o intuye las limitaciones de actuación de los entes públicos y su vinculación positiva a la Ley, así como que toda actuación administrativa es susceptible de fiscalización por los Tribunales. La Administración carece, en principio, de ánimo de lucro y garantiza, incluso con técnicas coercitivas, la prestación de los servicios de recepción universal. Una empresa hospitalaria de capital privado puede quebrar o cerrar por criterios de beneficio, o por razones biológicas asociadas a sus socios capitalistas. O minimizar la inversión en seguridad. El Estado no quiebra, ni se vende, ni se muere, ni puede desatender sus competencias. Por tanto, aparentemente, la documentación en manos públicas está a mejor recaudo en la conciencia social. La paradoja es que, curiosamente, los poderes públicos pueden *externalizar* parte de estos aspectos que la ciudadanía prefiere que estén bajo custodia estatal.

Al margen de esta constatación, a caballo entre lo sociológico y la intuición jurídica, es lo cierto que existe una regulación común para centros públicos y privados, de los derechos y obligaciones de usuarios, pacientes y profesionales⁸, así como en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica⁹

En la misma línea, desde la regulación de protección de datos personales, debemos partir de la figura del *responsable de fichero*, que en términos del artículo 3.d) de la LOPD, es la “persona física o

jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido o uso del tratamiento”, en la materia que nos ocupa, el hospital ya sea público o privado, en sus diversas modulaciones.

El artículo 7 de la LOPD, relativo a los datos especialmente protegidos, incluye en esta categoría a los relativos a la salud. Conforme al apartado 3 de dicho artículo, los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud, sólo podrán ser recabados, cedidos y tratados, cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. En este caso, a diferencia de los datos relativos a ideología, afiliación sindical, religión y creencia que exigen un consentimiento *escrito*, sólo se requiere consentimiento *expreso*, no obstante si no se dispone de una firma, es obvio que pueden plantearse problemas probatorios con respecto a la veracidad de tal consentimiento.

Sin embargo se exceptúa de este requisito del consentimiento expreso, el caso que ahora nos ocupa, es decir, el tratamiento de datos de salud para llevar a cabo la actividad asistencial; éste es el supuesto contemplado por el artículo 8 de la LOPD, en virtud del cual

“Las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”.

En el caso de Comunidades sin normativa sanitaria propia y específica (caso de Asturias), esta legislación sería la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la que, como se ha dicho, se regulan los derechos de los pacientes y la documentación clínica. El artículo 17.1 de esta Ley, relativo a la conservación de la documentación clínica, manifiesta que

“Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto man-

⁷ Art. 103.1 CE.

⁸ No debe confundirse la igualdad de los profesionales ante los pacientes, o con respecto a la “lex artis”, de lo que es la profunda divergencia de *status* entre profesionales de la sanidad pública y de la privada. Incluso, como veremos al final de este trabajo, la personificación escogida para la forma de gestión de la sanidad pública puede generar profundas desigualdades de trato entre los profesionales.

⁹ Art. 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

tenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial”.

Este período, mínimo, de cinco años varía según las diferentes Comunidades Autónomas que cuentan con legislación específica, llegando en un caso –Cataluña- hasta los veinte. Este artículo señala, en su número 5, que en el caso de profesionales que desarrollen su actividad de manera individual, ellos serán los responsables de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen y el apartado 6, añade que son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la normativa reguladora de protección de datos de carácter personal.

Volviendo al responsable del fichero, el artículo 9 de la LOPD establece que es a él a quien compete articular las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal.

Tales medidas son fijadas por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. Conforme a su artículo 4 se establecen tres niveles de seguridad: básico, medio y alto. Los ficheros que contienen datos de salud tienen nivel alto, debiendo cumplir con todas las medidas que establece el Reglamento, ya que cada nivel va incorporando las medidas del anterior más las propias.

En este sentido, y puesto que las historias clínicas en papel son ficheros de carácter manual, creo que puede ser interesante señalar que la Agencia Estatal de Protección de Datos (AEPD), ha manifestado que, puesto que la LOPD, a diferencia de su predecesora de 1992, incluye en su ámbito de aplicación los ficheros manuales, el Real Decreto 994/1999 se entiende aplicable también a éstos, aunque lógicamente a la hora de aplicar las medidas de seguridad se plantean problemas porque están

pensadas para ficheros informatizados. La APD de la Comunidad de Madrid emitió una circular sobre la conservación de historias clínicas en papel¹⁰.

En cuanto a las infracciones, se regulan en el artículo 44 de la LOPD y las sanciones en el artículo 45, oscilando entre los 6.000 y los 600.000 euros. Es aquí donde reside la única diferencia entre centros públicos y privados, pues en el caso de centros privados la sanción es pecuniaria y en el de públicos el régimen es el de artículo 46 de la LOPD. Es decir, no habría sanción sino una resolución del Director de la AEPD en la que se estableciesen las medidas pertinentes para la cesación y corrección de la conducta infractora y en su caso, la correspondiente sanción disciplinaria.

Por otra parte, si la infracción de la LOPD deriva en una exigencia de responsabilidad patrimonial, nos encontraríamos en la misma situación que la que se deriva de la vulneración del deber de secreto médico en centros públicos y concertados¹¹.

Por último, en el caso de centros públicos, si existe un organismo autonómico equivalente a la AEPD (en Madrid se creó por Ley 13/1995, de 21 de abril y se regula por Ley 8/2001, de 13 de julio; en Cataluña se creó por Ley 5/2002, de 19 de abril y su Estatuto fue aprobado por Decreto 48/2003, de 20 de febrero o en el País Vasco, donde la creación se debe a la Ley 2/2004, de 25 de febrero y su Estatuto se aprobó por Decreto 309/2005, de 18 de octubre), serán dichos organismos los competentes para actuar, pues las agencias autonómicas disponen de atribuciones en sus respectivos ámbitos territoriales para intervenir sobre ficheros de titularidad pública.

¹⁰ Recomendación 2/2004, de 30 de julio, en la que se abordan cuestiones tan dispares como la cesión de datos a la Justicia, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o la petición por el usuario de que su historia clínica sea trasladada cuando ejerce el derecho al cambio de médico o de centro.

¹¹ Véase Noelia de MIGUEL SÁNCHEZ, *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 229 a 260. De la misma autora, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad “versus” interés público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VI. EL RECURSO AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

1. EL MARCO, DESBORDADO, DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN HOSPITALARIA

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, en su artículo único, estableció que “garantizando y preservando en todo caso su condición de *servicio público*”¹², la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios, “de protección de la salud o de asistencia sanitaria o socio sanitaria”, dentro del Sistema Nacional de Salud, podría llevarse a cabo “directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. En sus respectivos ámbitos competenciales, el Gobierno estatal y los de las Comunidades Autónomas deberían determinar esas formas jurídicas (así como el régimen orgánico directivo y de control, las garantías prestacionales, la financiación o las peculiaridades del personal), pudiendo prestar y gestionar esos servicios, “además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o *contratos* con personas o entidades públicas o privadas”, en el marco de lo previsto por la Ley General de Sanidad.

¹² No deja de llamar la atención, aunque tal hecho no sea insólito, que el mismo legislador de 1997, tan preocupado de mantener la condición de servicio público, sea el mismo que, en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre del mismo año, preconiza, a propósito del sector eléctrico, que “se abandona la noción de servicio público” tras constatar “su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica”. La pregunta ante tal contradicción teórica es doble: ¿qué papel juega el legislador a la hora de ser coherente con sus propios productos normativos, o la descoordinación viene ya de quien remite los proyectos de ley, muchas veces elaborados mediante asistencias externas? También podría decirse que las prestaciones sanitarias siguen siendo servicio público en tanto que la producción y suministro de electricidad han perdido tal carácter. La Unión Europea, sin embargo, sí defiende la presencia de obligaciones de servicio público en este sector (Comunicación de la Comisión europea sobre los Servicios de Interés General en Europa, de 11 de septiembre de 1996).

Con similar filosofía, el artículo 3 del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, al desarrollar la mencionada Ley 15/1997, así como el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre¹³, insiste en que las nuevas personificaciones bajo modalidad de consorcios, sociedades estatales, fundaciones públicas sanitarias o “cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho”, deberán garantizar y preservar en todo caso la condición de servicio público¹⁴.

La cuestión es hasta dónde, pese a la expresión “entidades de naturaleza o titularidad pública”, puede llegar la posibilidad de gestionar los servicios sanitarios con medios ajenos, a través de acuerdos o convenios con otras entidades públicas o privadas¹⁵ y, particularmente, a qué contratos se refiere el texto de la Ley 15/1997. ¿Se está pensando en formas de gestión de servicios públicos o cabe, igualmente, la concesión de obra pública?

¹³ De Medidas fiscales, administrativas y del orden social. El precepto es relativo al régimen de las fundaciones públicas sanitarias, como “organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud” (art. 111.2). Recuérdese que el INSALUD pasó a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), por el art. 15 del Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modificaba la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

¹⁴ Art. 3.

¹⁵ Desde la redacción dada por el Real Decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, a la letra c) del art. 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en principio quedan excluidos del ámbito de esta Ley “los convenios de colaboración que celebre la administración General del Estado, con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”. Obsérvese que no se hace referencia al contrato de concesión de obra pública. También están excluidos de la aplicación del TRLCAP (art. 3.d) “los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales...”

Como es bien conocido, el contrato de concesión de obras públicas¹⁶ es aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras de las previstas en el artículo 120 TRLCAP o de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad retributiva que se prevea en la legislación contractual¹⁷.

2. LA CASUÍSTICA MÁS RECIENTE

Entre los diversos casos conocidos hasta la fecha nos detendremos brevemente en los ejemplos del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda y el Hospital de Arganda del Rey, ambos en la Comunidad de Madrid, en el reciente anuncio del nuevo Hospital de Burgos, en la Comunidad de Castilla y León y en la explotación parcial, por esta vía, de servicios en el andaluz Hospital de la Costa del Sol, en Marbella.

A). En el caso del Hospital de Majadahonda, cuya construcción para atender las demandas sanitarias del Area 6 ya se previó en la década pasada, llegando a comprometerse en 1998 un crédito para su edificación y que se incluyó posteriormente en el Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007, se produjo un amplio debate social y una importante

contestación cívica, política y sindical al modelo elegido para la gestión de la infraestructura, destacando los numerosos alegantes que concurrieron al procedimiento aprovechando el trámite de información pública. El *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* (BOCM), de 20 de septiembre de 2004, inserta la Resolución del día 15 anterior, de la Viceconsejería de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias, por la que se da respuesta a las alegaciones presentadas al Anteproyecto de Construcción y Explotación de la Obra Pública “Hospital Puerta de Hierro Majadahonda”. Dicha Resolución, entre otros aspectos, justifica la idoneidad de esta fórmula contractual a partir del propio TRLCAP que “establece que podrán ser objeto del contrato de concesión de obra pública las obras relacionadas en el artículo 120, que se refiere a la construcción de bienes que tengan la naturaleza de inmueble de la forma más amplia, incluyendo cualquier tipo de instalaciones. Ello por sí mismo basta para desechar cualquier objeción de principio que pretendiera sostener la idoneidad de un hospital para ser objeto de este contrato”. Sin embargo, a las pocas semanas de publicada esta Resolución, concretamente el 19 de octubre de 2004, la Secretaría Federal del Sector de Salud y Servicios Sociosanitarios de la FSP-UGT, cuestionaba en un documento tal interpretación del artículo 120 TRLCAP, “ya que un hospital ni resulta equiparable a las obras de ingeniería civil enumeradas en el artículo 120 (artículo que hay que interpretar en su conjunto), ni tiene una naturaleza económica [como indica el art. 220] por mucho que el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid pretenda subyugar la rentabilidad social de la sanidad a la económica”. En verdad, el invocado artículo 120 no contiene un *numerus clausus*, ya que en dos ocasiones admite explícitamente la interpretación analógica (obras de ingeniería civil y trabajos que modifiquen el suelo o el subsuelo), amén de referirse a un concepto genérico como “instalaciones varias”. Que la construcción de un nuevo hospital del Sistema Nacional de Salud –como la demolición o reforma de uno antiguo– es una obra pública, no deja de ser una obviedad. La cuestión es cómo se adecua una concesión de obra, con su sub-

¹⁶ Del que recientemente se han ocupado las monografías de Alberto L. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, 814 págs. y de Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación Caixagalicia / Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, prólogo de J.L. Piñar Mañas, págs. 361 a 420.

¹⁷ Art. 220.1 del TRLCAP, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

siguiente explotación, a la gestión de un servicio público. Especialmente cuando la propia Administración concedente, tras aludir a la disyuntiva legal “servicios públicos de naturaleza económica o (...) actividades o servicios económicos de interés general”¹⁸, señala que, en la contratación hospitalaria prevista, “no puede identificarse la concesión con estos últimos servicios de interés general, cuya titularidad puede corresponder a los particulares, sino que es una forma de construcción y explotación de verdaderos servicios públicos, es decir de actividades de titularidad administrativa que tienen un régimen especial dirigido a lograr la accesibilidad por todos por responder a necesidades esenciales para cuya satisfacción, la libre concurrencia de iniciativas empresariales no se considera suficiente”. Accesibilidad por todos los usuarios, conforme a los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, que sí está preceptuada para el contrato de concesión de obras públicas por el artículo 243 c) TRLCAP. Pero, a la vez, y aquí radica otra de las grandes dudas sobre la viabilidad de esta figura para el fin que se persigue, accesibilidad “gratuita a todos los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud” en la asistencia sanitaria, que choca con las reglas económicas propias de un contrato en el que, como señala MARTÍN REBOLLO, una de sus cuatro notas esenciales es que sólo será factible “cuando quepa la explotación económica de la obra (peajes) o de actividades comerciales para las que aquélla es soporte necesario”. Es más, como sintetiza este autor, otro requisito característico, alusivo al equilibrio financiero del contrato, “es la vinculación del concesionario a una horquilla de rendimientos máximos y mínimos, de manera que si no se alcanza el segundo o se sobrepasa el primero, se procede a la revisión del contrato” buscando “que el usuario no vea aumentados los peajes de forma despropor-

cionada”¹⁹. Nada de esto ocurre en el caso que comentamos, en el que la Comunidad de Madrid afirma que la promoción universal de la salud o se “ofrece, bien a un precio inferior al de mercado, bien de forma totalmente gratuita, como es el caso de las prestaciones sanitarias que dispensará el Hospital Puerta de Hierro Majadahonda”. Y, a decir verdad, que el resarcimiento del contratista por levantar y gestionar un conjunto hospitalario sea sólo “la propia puesta a disposición [de la Administración] de la infraestructura”, así como la explotación de “determinados servicios complementarios no sanitarios que le permitan recuperar el montante de la inversión”, o es una inexactitud por defecto o es una ingenuidad manifiesta. Mucho aparcamiento y mucha hostelería y hotelería ha de haber para que la ecuación satisfaga al contratista inversor. Sobre todo, si creemos que sólo explotará, de cara a los usuarios, servicios “no sanitarios”, lo que parece excluir la oferta de prestaciones médicas o quirúrgicas no integradas en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud²⁰. En la referida Resolución de 15 de septiembre de 2004 se insiste en que, conforme a la Ley, la retribución al concesionario “puede consistir bien en el abono de unidades de obra conforme se van construyendo, bien en el pago de la cantidad global una vez entregada la obra, de una vez o en plazos y por un período de hasta diez años o bien, como es el caso, mediante la cesión de la explotación de la obra pública a través de su puesta a disposición a favor de la Administración y por la prestación de servicios complementarios no asistenciales, susceptibles de externalización y de hecho externalizados, durante un determinado período, de modo que con esta explotación de la obra pública como infraestructura, pero nunca prestación sanitaria, se consiga retribuir la inversión realiza-

¹⁸ El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio), hace referencia a esta dualidad en su art. 30: “Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios con independencia del régimen de prestación”.

¹⁹ L. MARTÍN REBOLLO, Comentario al Título V del TRLCAP, en sus *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 641.

²⁰ Artículos 7 a 21 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

da”. Además, se añade, curándose en salud, que la Administración dispone de prerrogativas de dirección y control sobre la actuación del concesionario para “modificar, imponer penalidades, secuestrar o resolver el contrato si ello fuera necesario para salvaguardar el interés público”. La inconcreción de esos “servicios complementarios no sanitarios” y las dudas sobre su entidad económica llevan a la pregunta no tanto del porqué del sistema elegido –la apuesta ideológica por la privatización y el no tener que hacer frente, inicialmente, con capital público, a una gran inversión- sino de cuál es el interés del concesionario ante tan inciertos beneficios –el contrato es a riesgo y ventura²¹ - y con tantas exigencias de servicio público y tan documentadas amenazas de penalidades y revocaciones. Concesionario que está además obligado a proteger y cuidar no sólo lo construido sino el dominio público afecto a la obra, artificial o natural, así como a hacerse cargo de los daños que se causen a terceros²² por la ejecución o explotación de la infraestructura .

Como hemos señalado, la FSP-UGT mantuvo su oposición y entendió nulo de pleno derecho este procedimiento, aduciendo, además, que el régimen de explotación rompe el principio legal, contenido en el artículo 2 d) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de “atención integral a la salud” (...) “si la Comunidad Autónoma de Madrid externaliza y concede a la iniciativa privada la explotación de ciertas actividades que, aún no revistiendo el carácter de sanitarias, resultan esenciales en el devenir habitual de cualquier hospital, de tal manera que se encuentran intrínsecamente vinculadas a la prestación sanitaria, tales como el servicio de apoyo administrativo, recepción y centralita, transporte, gestión de archivo de documentación clínica, etc”. A ellas habría que añadir otras aún más habitualmente externas (aparcamientos, cocina, cafeterías, máquinas expendedoras, televisión en habitaciones, limpieza, lavandería, seguridad, mantenimiento, anti-incendios, jardinería, etc) e incluso aspectos de muy

variable calado en atención a las peculiaridades de un hospital (caso de la gestión de suministros de bienes no sanitarios). Siendo tal vez un tanto forzada la invocación de la ruptura del principio de atención integral a la salud, sí es cierta la contradicción apuntada por el referido sindicato en cuanto que, si se aboga en el Estatuto Marco del Personal Estatutario por una progresiva integración y simplificación del personal (laboral y funcional en estatutario), a fin de “mejorar la eficacia en la gestión”, con la irrupción de un personal contratado y dirigido por la empresa concesionaria, cuya posición no es precisamente vicarial dentro de la infraestructura, los conflictos atributivos y la descoordinación son algo más que meras suposiciones, con clara merma del principio de eficacia.

En fin, aunque aludimos a ello en otro lugar de este trabajo, merece la pena recordar que ha costado mucho unificar material y procesalmente la responsabilidad patrimonial con ocasión de la asistencia sanitaria extendiendo la cobertura y la objetividad incluso a los centros concertados para que, ahora, dentro de un hospital de la red pública haya dos tipos de responsabilidades: la de la Administración responsable de los servicios sanitarios (administrativa) y la del concesionario de la infraestructura y los servicios no estrictamente sanitarios (civil, de acuerdo con el artículo 97 TRLCAP, si se demanda sólo al contratista). Y aunque pueda replicarse que esto ya ocurre con servicios secundarios externalizados, es evidente que estamos en presencia de un cambio cualitativo y cuantitativo en lo tocante a los servicios a conceder, al volumen de éstos y al control general de su funcionamiento por parte de la empresa explotadora.

B) Más recientemente, en el BOCM de 6 de abril de 2005, se ha insertado la Resolución 66/2005, de la Viceconsejería de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias, por la que se da contestación a las alegaciones presentadas al Estudio de Viabilidad de la obra pública Hospital de Arganda del Rey, en la que también se pretende rebatir , en este caso frente al Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid, la aducida inidoneidad del instru-

²¹ Arts. 220.2 y 243 b) TRLCAP.

²² Art. 243, letras d), e) y f) TRLCAP.

mento jurídico-contractual de la concesión de obras públicas. La convocatoria de concurso por procedimiento abierto, se había realizado mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Consumo, de 14 de marzo de 2005²³.

En respuesta a una objeción ya conocida –la supuesta ruptura del principio de atención integral al paciente– la Resolución 66/ 2005²⁴, sostiene que no se produce tal quiebra por cuanto los servicios *estrictamente* sanitarios²⁵ “serán prestados directamente en su totalidad por la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid”, previéndose en el contrato “una serie de mecanismos de control y evaluación de la prestación de los diferentes servicios, basado esencialmente en la definición de unos indicadores que permiten de forma objetiva establecer mediante tres parámetros (tipo de fallo de servicio²⁶ o de calidad, tiempo de respuesta y tiempo de corrección), el adecuado funcionamiento del mismo, realizándose, en su caso, deducciones en el precio del servicio”

C) Por su parte, el *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de agosto de 2005, insertaba la Resolución del día 5 anterior, de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León, por la que se anunció el concurso para la concesión de obra pública para la construcción y explotación del nuevo Hospital de Burgos²⁷, a construir sobre una superficie de

175.594 metros cuadrados, con previsión para 678 camas. La contestación a esta fórmula concesional no sólo movilizó a sindicatos, partidos políticos y asociaciones vecinales, sino que se tradujo, el 23 de junio de 2005, en una manifestación masiva, en la que, preventivamente, también se protestaba por la extensión de esta fórmula al nuevo Hospital de Benavente, en Zamora. El adjudicatario, ya que se exigía experiencia en obras y servicios hospitalarios –algo nuevo hasta el momento– resultó ser la agrupación empresarial formada por Caja de Burgos, Caja Círculo de Burgos, la Sociedad Invergestión (de Caja España), Caja de Ahorros de Ávila, Caja Duero, Santander Infraestructuras, Gerens Management Group S.A., Urbanizaciones Burgalesas S.L., Obrascón-Huarte-Laín S.A., Corsán-Corviam S.A. y Grupo Norte Agrupación Empresarial de Servicios, S.L. Entidades financieras y mercantiles que, como escribió Julio César RICO para la H.O.A.C., son conocedoras del mundo bancario, de la construcción y del urbanismo, “pero de sanidad y salud, ¿qué conocen?”. Es evidente que lo insólito del contrato para fines hospitalarios acarrea dificultades en cuanto a la experiencia y versatilidad del contratista. Una de las críticas más reiteradas desde el ámbito sindical (UGT, CCOO y, sobre todo, CGT), es que la externalización de los servicios no sanitarios acarreará pérdida de empleos y empeorará la calidad asistencial a medio y largo plazo. En principio, la explotación y mantenimiento de la obra con la que debiera resarcirse el concesionario, incluye la gestión de los siguientes servicios:

- Conservación de viales y jardines
- Servicio de desinfección, desinfección y desratización.
- Servicio integral de esterilización.
- Servicios de gestión de almacenes y distribución.
- Servicio de gestión de archivo de documentación clínica y administrativa.
- Servicio integral de lavandería.

euros en los últimos cinco años y servicios prestados en hospitales, con un mínimo de 10 millones de euros en el mismo plazo quinquenal. Es evidente, ante lo novedoso de la fórmula, que el concesionario habría de surgir de una unión de empresas de obras y servicios.

²³ Publicada en el *BOE* de 16 de marzo de 2005. El presupuesto base de la inversión se fijaba en 49.328,301 €, siendo el plazo del contrato de 30 años. Ante lo novedoso y plural del contenido, no se exigía clasificación al contratista aunque, en la solvencia técnica, sí se valoraba la experiencia en la construcción, exigiéndose la realización en los últimos cinco años de dos obras socio-sanitarias por importe conjunto superior a los diez millones de euros.

²⁴ Que se insertó en el *BOCM* de fecha 6 de abril de 2005.

²⁵ Parece querer reconocerse que existen servicios en el campo socio-sanitario que no serían estrictamente servicios sanitarios y que podrían entrar dentro del objeto concesional.

²⁶ Expresión sin duda tributaria de la “falta de servicio” del derecho resarcitorio francés.

²⁷ El presupuesto base de ejecución era de 231.745.812 €, el plazo concesional de 30 años y en la solvencia técnica o profesional se exigía acreditar obras hospitalarias por un mínimo de 20 millones de

- Servicio de limpieza.
- Servicio de catering.
- Servicio de gestión de mantenimiento integral.
- Servicio de gestión de residuos urbanos y sanitarios.
- Servicio integral de seguridad.
- Servicio de transporte interno-externo.
- Servicio de apoyo administrativo, recepción y centralita.

Asimismo, se incluye la explotación de las zonas complementarias de los espacios comerciales autorizados, susceptibles de aprovechamiento diferenciado como son cabinas telefónicas, gestión de teléfono y televisores en habitaciones, parking, locales para uso diversos (sucursal bancaria, peluquería, quiosco de prensa, floristería, mini-cines, regalos, guardería, etc.), máquinas expendedoras y cafetería-restaurante.

Estas zonas complementarias de explotación comercial responderán al principio de unidad de gestión, y revertirán a la Administración, junto con el resto de las instalaciones, una vez finalizada la concesión, que podría exceder los 30 años inicialmente previstos y alcanzar los 40.

Para la Confederación General del Trabajo (CGT), en su Informe de 26 de abril de 2005²⁸, lo que se persigue con esta fórmula constructiva no es otra cosa que

“... la transferencia de los cuantiosos recursos públicos destinados a la sanidad, a la gestión privada de la misma, bajo un discurso populista e interesado que lo disfrace de *políticamente correcto*.”

Una vez constatado el fracaso de las “Fundaciones sanitarias”, “Consortios” y otras ocurrencias, nuestros políticos, en un alarde inusitado de capacitación e imaginación, adoptan otro modelo puesto en marcha por el ultra conservador gobierno Tacheriano en la Gran Breta-

ña en los años 80, y que supuso el colapso de la Sanidad Pública en dicho país.

El nuevo Hospital Puerta de Hierro de Madrid, es la punta de lanza y el necesario Hospital de Burgos, será el segundo “Conejillo de Indias” en los experimentos sobre nuevas formas de gestión sanitaria de nuestros segundones políticos locales y regionales (...).

Las autoridades de la Junta de Castilla y León han optado por la figura de la concesión de obra pública como la fórmula óptima para el desarrollo del proyecto del hospital de Burgos. La estructura concesional por la que se ha optado, así como la naturaleza y el alcance de los servicios transferidos al sector privado, es semejante a los modelos conocidos como Cooperación Público Privada (Public-Private Partnerships / Private Finance Initiatives (PPP/PFI) característicos del Reino Unido. Utilizando como soporte normativo la nueva Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública (...) Esta fórmula consiste en la licitación por parte de las autoridades competentes del diseño, construcción equipamiento, financiación y explotación de los servicios residenciales y complementarios (no los estrictamente de atención sanitaria directa) del nuevo hospital...”

No aparecen, en cambio, entre los argumentos opositores²⁹, motivos sólidos basados en la eventual degradación de garantías y derechos de pacientes y usuarios. Se da la circunstancia, además, de que Castilla y León cuenta con una moderna y ambiciosa Ley sobre Derechos y deberes de las personas en relación con la salud³⁰.

D) En fin, en Andalucía, con Gobierno y mayoría parlamentaria de otro signo, el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de 10 de noviembre de 2006, publicó la Resolución de 29 de septiembre de 2006,

²⁸ Existe un segundo Informe de 30 de septiembre de 2005.

²⁹ También se produjeron manifiestos a favor del modelo concesional; caso del hecho público por la Confederación empresarial de Castilla y León (CECALE), el 15 de mayo de 2005.

³⁰ Ley 8/2003, de 8 de abril.

de la Empresa Pública Hospital Costa del Sol, por la que se acuerda someter a información pública el estudio de viabilidad del expediente de concesión de obras públicas para la ejecución de obras necesarias para la ampliación y reforma de dicho Hospital marbellí, aparcamiento subterráneo, guardería y zonas comerciales, donde, pese a la forma de gestión a través de empresa pública, se prevé la “explotación parcial de las infraestructuras a construir” por parte del concesionario de la obra pública. Explotación parcial de las nuevas edificaciones que no difiere, en principio, de la explotación de obra y servicios no estrictamente sanitarios prevista para los hospitales de la Comunidad de Madrid.

Naturalmente, la concesión de obra pública es figura pacífica para infraestructuras auxiliares de los hospitales. Es el caso, por ejemplo, de la contratación por esta vía de dos aparcamientos en el Hospital de Villajoyosa y en el Hospital Arnau de Vilanova, en la Comunidad Valenciana, recientemente adjudicada por Resolución de la Agencia Valenciana de Salud, de 31 de octubre de 2006³¹

3. FÓRMULA INIDÓNEA O FÓRMULA ALARMANTE

A juicio de LAFARGA i TRAVER y VILLAR ROJAS, “la concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos; en su caso, la fórmula sería la concesión como modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos. El ámbito de aplicación de ese contrato en la sanidad pública se circunscribe a aspectos complementarios, sin incidencia en la prestación de servicios médico-sanitarios”. La cuestión, a nuestro entender, es si para el paciente o usuario, hay prestaciones, información, documentación o garantías donde se entrecruza la gestión sanitaria pública con la auxiliar privada hasta el punto de no poder diferenciar –desde su perspectiva- donde termina aquella y dónde comienza ésta.

Para los autores citados, y partiendo –añadimos- de que no haya una intención más profunda que la declarada en los pliegos contractuales, “la concesión de obra pública sanitaria es una forma nueva de contratar lo mismo. En cualquier hospital público, los servicios no sanitarios, los complementarios, incluso los comerciales, se prestan, cuando no de forma directa, mediante contratos administrativos de servicios –limpieza, catering, vigilancia-, concesiones de bienes de dominio público –cafeterías y locales comerciales-, incluso, en algún caso, concesión de obra pública –aparcamientos-. Los servicios sanitarios, incluso las pruebas diagnósticas, se realizan normalmente por personal y medios públicos (sin perjuicio de conciertos y convenios singulares)”. La concesión de obras públicas buscaría reducir “a un único contrato la prestación de todos esos servicios complementarios y comerciales”, con un único empresario, al que se otorga un largo tiempo de explotación, para que pueda compensar la inversión previa de construir una infraestructura sanitaria con recursos propios, si bien, como precisan estos autores, con garantía pública. Las prestaciones sanitarias quedan, conceptualmente excluidas. LAFARGA i TRAVER y VILLAR ROJAS añaden que, como “la mayor parte de los ingresos proceden del erario público -todos los contratos de servicios-, la excepción sigue siendo lo comercial -cafetería, televisión en las habitaciones-. Por otra parte, vincular el pago con la calidad de la prestación se reconoce en los conciertos sanitarios y, en general, en el contrato administrativo de suministros. Lo que cambia es el plazo de duración del contrato -que excede del contrato de servicios- y, con él, en alguna medida, las condiciones económico-financieras. Este es el sentido de la concesión de obra pública sanitaria”.

La pregunta, en fin, es si esta concesión de obra pública, parcial en cuanto a la extensión gestora, “sirve para imputar suficiente riesgo al concesionario de forma que la Administración logre conciliar las limitaciones presupuestarias con la atención a la demanda de nuevos establecimientos públicos sanitarios. Lo cierto es que, en el supuesto estudiado, la financiación de las obras lo es con

³¹ BOE de 18 de noviembre de 2006.

recursos públicos presupuestarios, sólo que diferidos en cuanto al momento de pago, que son abonados por la Administración concedente como pagador único; y si bien es cierto que su cuantía exacta depende de determinados parámetros, cuyo incumplimiento puede dar lugar a su minoración, lo cierto es que ese nivel de riesgo es mínimo cuando se trata de servicios vinculados con el funcionamiento de un hospital y, por tanto, con un servicio público esencial que parece difícil imaginar pueda ser clausurado (...) El riesgo real se produce cuando la retribución del contratista depende de los pagos de los usuarios, y no es el caso, tampoco podría serlo con el estatuto actual de la sanidad pública”³²

Pero al margen de las cuestiones financieras del contrato y del carácter hipotecable de la concesión³³ o “del derecho de concesión, más exactamente”³⁴, ya que la infraestructura, en cuanto bien demanial, es indisponible³⁵, por lo que no cabe ni gravar, ni trabar embargo, ni enajenar un hospital en régimen de concesión de obra pública, resulta inquietante la posición *dominante* o codecisora, dentro de las instalaciones, de la empresa concesionaria. No nos olvidemos que, en tanto no revierta la infraestructura a la Administración, el concesionario es el único tenedor del derecho “a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública”³⁶. Aún más: aunque en la motivación administrativa se explicita reiteradamente el acceso gratuito, igualitario y universal de pacientes y usuarios a las prestaciones sanitarias, no debemos olvidar que, entre las reglas

generales de este contrato, está la facultad del concesionario para impedir el uso de la infraestructura a los usuarios que no abonen la tarifa, lo que, aunque no se aplique a servicios estrictamente sanitarios, inviste inequívocamente de autoridad al concesionario. Y es que, no en balde, en este tipo de contratos, el personal de la empresa explotadora, en ausencia de agentes de la autoridad, puede adoptar medidas prohibitivas y coercitivas, gozando sus denuncias de una cierta presunción de veracidad. Así se señala en el artículo 244.2 TRLCAP, de factura muy similar al artículo 29.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, en el que se reconoce el carácter de autoridad *eventual* al personal responsable de la concesión de autopistas de peaje.

1. ORGANIZACIÓN DUAL Y DISFUNCIONES DE PERSONAL

La duplicidad de responsables dentro del Hospital –públicos en lo sanitario y privados en lo no estrictamente sanitario- puede, sin duda, acarrear disfunciones al personal. Éste, aunque desarrolle funciones públicas, podría llegar a sentirse intruso en unas instalaciones privadas. Y si –como no ha sido inhabitual en las privatizaciones locales- la externalización de servicios complementarios conlleva una invitación a integrarse en la estructura de la empresa, pueden presentarse quiebras en los derechos laborales adquiridos, por más que pueda aducirse una libertad relativa³⁷ en la toma de la decisión integradora.

Incluso, en el ámbito público sanitario, se han producido situaciones de cambio de status laboral, como consecuencia de las nuevas formas de gestión de los servicios hospitalarios, que han acarreado perjuicios a los interesados. Es el caso que se observa en la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 28 de septiembre de 2005. Dicha decisión desestima el recurso interpuesto por un facultadario.

³⁷ La decisión de pasar a la estructura privada puede tomarse simplemente por mantener el mismo puesto o lugar de trabajo.

³² J.L. LAFARGA y TRAVER y F.J. VILLAR ROJAS, Conclusiones a la Mesa Redonda “La concesión de la obra pública sanitaria” en XIV Congreso Derecho y Salud, Zaragoza, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

³³ Arts. 255 a 258 TRLCAP.

³⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, Referencia 3375/2001.

³⁵ Cfr. Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras... cit.*, págs. 393 a 396.

³⁶ Art. 242 c) TRLCAP.

tativo especialista en medicina intensiva, frente a la Resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de febrero de 2004, por la que se hacen públicas las calificaciones definitivas otorgadas por el Tribunal Central en la fase de selección del proceso extraordinario de consolidación de empleo. En el Fundamento Jurídico Quinto, *in fine*, se señala que

“Así, a pesar de que si bien es cierto que el artículo 111 de la Ley 50/1998, establece que el personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias se regirá, con carácter general, por las normas de carácter estatutario, relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el Real Decreto 29/2000, se remite a las normas reguladoras de cada una de las distintas formas de gestión para determinar la naturaleza jurídica de dicho personal, deduciéndose del artículo 19 que en el caso de las fundaciones públicas sanitarias no tiene ese carácter estatutario, por estar establecido en la normativa específica otro tipo de relación jurídica, y entre ellas incluye las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, así como las sociedades estatales y, en su caso, consorcios. Ello con independencia del mantenimiento del carácter estatutario del personal que ya lo fuera en el momento en que los respectivos centros sanitarios se conviertan en fundaciones públicas sanitarias”.

El actor, que había prestado servicios en la Fundación Hospital de Calahorra y como Médico de Urgencias en el País Vasco, había reclamado frente a la puntuación otorgada por el órgano calificador, el cual rechazó la impugnación aduciendo que los servicios prestados en dicha fundación lo fueron con carácter de personal laboral y no sirviendo interinamente plaza estatutaria, así como que los prestados en el País Vasco lo eran en otra área o especialidad (Urgencias). El Tribunal calificador tampoco entendió computables los servicios que se hubieran prestado en la Fundación Hospital de Alcorcón, con contrato laboral, “ya que no se corresponden con los prestados en las categorías de personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad So-

cial”. La Audiencia Nacional, en el Fundamento Sexto de su sentencia, desestimatoria, resaltando que

“...de la regulación expuesta se deduce que las fundaciones públicas sanitarias, entre las que se encuentra la Fundación Hospital de Alcorcón, son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, con personalidad jurídica propia, que aparecen diferenciados de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD, entendiendo como tales las incluidas en la organización de gestión directa contemplada en la Ley General de Sanidad; y el personal a su servicio, como se ha expuesto, no tiene naturaleza estatutaria, sin perjuicio de aquellos que la conserven por tenerla con anterioridad al momento de la conversión en Fundación del centro en que vinieran prestando sus servicios.

En consecuencia, el criterio adoptado por el Tribunal Calificador (...) se ajusta a la normativa vigente, sin que se aprecie la arbitrariedad denunciada por los recurrentes...”

VII. REFLEXIONES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Otro campo en el que puede darse una involuación con la utilización de fórmulas como la concesión de obra pública, es el de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario³⁸. Y ello, tras el arduo esfuerzo unificador de fuero, seguido por el legislador entre 1992 y 2003.

Recordemos que, tras la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJy PAC) y en desarrollo de sus artículos 139 y siguientes, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprobó el reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en

³⁸ Por todos, Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.

materia de responsabilidad patrimonial, dispuso en su disposición Adicional Primera, que seguirían la tramitación administrativa y contencioso-administrativa, las reclamaciones de

“...responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria...”

Posteriormente, por si la cobertura reglamentaria era insuficiente, tanto la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), como la reforma operada en la misma fecha por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), insistieron en que la responsabilidad de las Administraciones, “cualquiera que sea la actividad o el tipo de relación de que derive”, se exigiría ante el orden contencioso “no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”.

Un año más tarde, la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificatoria de la LRJyPAC³⁹, dará nueva redacción a la Disposición Adicional Duodécima, legalizando la redacción reglamentaria y extendiendo la responsabilidad administrativa objetiva a los centros concertados, en los siguientes términos:

“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o auto-

³⁹ Que, inversamente, supuso un paso atrás en la responsabilidad por funcionamiento *normal* de la Administración (significativamente, la sanitaria, ya que la modificación trae causa de las indemnizaciones por contagio hospitalario del SIDA), al añadirse, en el art. 141.1, que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. Una postura favorable a un cambio de enfoque de la responsabilidad, evitadora de situaciones abusivas ante la Administración, puede encontrarse en la reputada monografía de Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Thomson-Civitas, Madrid-Cizur Menor, 2000.

nómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo en todo caso”.

Más recientemente, una nueva modificación de la LOPJ, procedente de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre⁴⁰, aclarará, en relación con la concurrencia de privados y compañías aseguradoras, que los órganos de la Jurisdicción Contenciosa,

“...Conocerán asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades, públicas o privadas, indirectamente responsables de aquéllas”.

La inserción de un privado con facultades de dirección y control de la infraestructura, con atribuciones de autoridad, con capacidad de gestión de múltiples servicios pre o para sanitarios y responsabilidad sobre personal en contacto con usuarios y

⁴⁰ Que también retocará el art. 2 e) LJCA.

pacientes, genera alguna preocupación fundada. Podría decirse que ya existen servicios gestionados indirectamente, pero el modelo concesional supone un cambio tan significativo que bien puede decirse que el continente del hospital y parte del contenido son de incumbencia de la empresa explotadora. Eso no es lo mismo que limitarse a prestar el servicio de catering o recaudar las monedas de los televisores. Y no olvidemos que, por ministerio de la ley, la responsabilidad del concesionario de obra pública es, en principio, privada, ya que, al actuar a riesgo y ventura, debe responder de los daños que se ocasionen a terceros durante la explotación, de acuerdo con los artículos 243 e) y 97 TRLCAP.

No hace falta ser muy imaginativo para figurarse daños a pacientes, desde los originados por una mala praxis higiénica de la lavandería, hasta los derivados de un fallo de servicio en la alimentación dispensada, pasando por una omisión culposa en la seguridad o en la recogida de residuos. Y tampoco es preciso ser muy intuitivo para suponer que los servicios no estrictamente sanitarios pueden incrementarse. ¿Por qué no externalizar los tanatorios o, incluso, la asistencia religiosa para las distintas confesiones?

Un reciente Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, de fecha 13 de octubre de 2006, ha dirimido un conflicto negativo de competencia⁴¹, atribuyendo a una Sección Civil de la Audiencia Provincial la competencia para enjuiciar la demanda interpuesta por una trabajadora de la empresa de limpieza que presta sus servicios en la Fundación del Hospital del Oriente de Asturias “Francisco Grande Covián”, quien, supuestamente, habría podido sufrir un contagio al pincharse con una aguja infectada, en un quirófano de dicho Hospital. El Fundamento Segundo del

⁴¹ La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, estimando un recurso de apelación de la Fundación del Hospital del Oriente de Asturias “Francisco Grande Covián” se había declarado incompetente, en sentencia de 30 de julio de 2004, entendiéndolo competente al orden contencioso-administrativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en Auto de 29 de noviembre de 2005, declaró a su vez, la falta de jurisdicción del órgano.

Auto del Supremo sería merecedor de un tratamiento monográfico, impropio de este análisis, pues en el mismo se dice:

“No resulta aplicable la disposición en que se ampara la Audiencia Provincial de Oviedo⁴², ya [que] los hechos debatidos, según se infiere del análisis de los escritos incorporados a las actuaciones del conflicto, no tienen relación alguna con la asistencia sanitaria pública concertada, ni aparece demandada una Administración Pública, lo que no se discute.

En efecto, la actora se dirige frente a una entidad benéfico-privada, titular del Hospital “Francisco Grande Covián” y contra una enfermera del Centro, ejercitando acciones derivadas de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, no por una deficiente atención sanitaria, sino por las lesiones sufridas cuando trabajaba como limpiadora en las instalaciones del Hospital, por lo que no cabe hablar de responsabilidad derivada de la prestación de asistencia sanitaria pública concertada.

Por otra parte, en ningún momento se demandó a una Administración Pública, que justificaría la intervención de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como consecuencia de lo que establece el art. 2 e) de la actual LJCA y el art. 9.4 LOPJ, que sólo atribuyen la competencia a dicho orden jurisdiccional cuando se demande a una Administración Pública para exigirle la correspondiente responsabilidad patrimonial, bien sola, o bien conjunta con un sujeto privado que hubiera concurrido a la producción del daño”.

Al margen del escaso conocimiento evidenciado de lo que es la Fundación del Hospital del Oriente de Asturias, centro comarcal del que baste decir que

⁴² La Audiencia Provincial había invocado la Disposición adicional duodécima de la LRJyPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en relación con la nueva redacción de la LJCA, dada por Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre y con la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Un *corpus* ciertamente completo.

su correo electrónico y su dirección de selección de personal son los del Servicio de Salud del Principado de Asturias, parece pertinente resaltar que, para esta Sala Especial del Tribunal Supremo, la responsabilidad administrativa en el ámbito hospitalario sólo se produce “por una deficiente atención sanitaria”, lo que viene a contradecir la expresión “normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos”, desmochando así la objetividad de la responsabilidad y volviendo a la concepción culposa o negligente. Todo un avance jurisprudencial. Pero es que, además, como hemos visto, nuestras leyes hablan de daños causados “por o con ocasión” de la asistencia hospitalaria y “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”. Parece claro, que agujas infectadas por su aplicación a un paciente seropositivo no se encuentran en tiendas de moda, en concesionarios de coches o en hipermercados. Lo normal –casi podríamos hablar de un giro o tráfico peculiar– es que se hallen en lugares como un quirófano y que el eventual contagio se produzca como efecto indeseado de la asistencia a un tercero. Algo perfectamente encajable en la regulación vigente de la responsabilidad patrimonial administrativa. Por tanto, si el Tribunal Supremo entiende que los potenciales daños a la limpiadora de una contrata no son administrativos, ¿qué va a decir cuando los daños sean infligidos por la empresa a un usuario, al prestarle servicios pre o parasanitarios? Se impondrá, obviamente, un doble sistema de responsabilidad que es, justamente, lo que intentó desterrar durante más de una década el legislador.

Porque el futuro, si la privatización sigue avanzando, nos deparará no ya unos servicios aislados y accesorios, en régimen de concesión, dentro de un Hospital de la Administración, sino una empresa o holding, explotadora de una macro infraestructura, en la que se alojarán servicios sanitarios públicos casi en régimen de inquilinato. Y sin que sea descartable, bordeando la legislación básica, si es que ésta directamente no cambia, que los concesionarios de obra pública puedan gestionar en el futuro servicios sanitarios no incluidos en la cartera preceptiva de prestaciones. Ello supondría el certificado defi-

nitivo de la coexistencia de dos realidades dentro de un mismo recinto. Y también, quizá, de dos tipos de usuarios o pacientes.

VIII. APUNTE FINAL

Como ejercicio especulativo seguramente estéril, ya que la legislación española acoge sin reservas la concepción subjetiva o estatutaria de las Administraciones y su Derecho peculiar⁴³, se podría reflexionar acerca del carácter más tuitivo e igualador de una concepción funcional de lo que es *Administración*, con independencia de quién gestionara esas actividades características⁴⁴ (entidades públicas en sentido estricto, órganos constitucionales o, en fin, contratistas y concesionarios públicos). Ello quizá abocara a dar, de forma más favorable a pacientes y usuarios, un sentido distinto al mandato del artículo 149.1.18ª de la Constitución española, referido a la garantía de “un tratamiento común” ante las diversas Administraciones Públicas. Visión más objetiva de la *Administración*, de la que podría colegirse que ese derecho se extiende, en lo sustancial, a las diversas formas de administrar o, si se prefiere, a las distintas modalidades de gestión. Pero es casi seguro que el constituyente de 1978 no se figuraba, ni remotamente, la ingeniería jurídico-contractual que iba a desplegarse al cuarto de siglo de su promulgación.

⁴³ Art. 3.4 de la LRJyPAC, que señala que “cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”, construcción elaborada por GARCÍA DE ENTERRÍA en 1960.

⁴⁴ Ciertamente difusas y variables en el tiempo y en el espacio.

LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y SU IMPACTO SOBRE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

Pablo Cobo Gálvez
Subdirector General de Planificación,
Ordenación y Evaluación del IMSERSO

Señoras y Señores:

Quiero en primer lugar agradecer a los organizadores de este XV Congreso de Derecho y Salud su amable invitación a participar como ponente sobre un tema tan de actualidad como es la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las Personas en Situación de Dependencia. Es un honor para mí.

La atención a las necesidades de las personas en situación de dependencia constituye hoy, en todos los países desarrollados, uno de los grandes retos de la política social para las Administraciones Públicas. El reto no es otro que atender a las personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para poder ejercer sus derechos, acceder a los bienes sociales y desarrollar

las actividades más esenciales de la vida diaria. Así lo vienen poniendo de relieve todos los informes, documentos y decisiones de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

La demanda de cuidados para personas dependientes se ha venido incrementando de forma notable en los últimos años y va a seguir aumentando a un fuerte ritmo durante las próximas décadas, como consecuencia de la combinación de factores de carácter demográfico, médico y social, entre los que podemos citar las mayores tasas de supervivencia de las personas afectadas por alteraciones congénitas, enfermedades y accidentes graves, la creciente incidencia de los accidentes laborales y de tráfico, pero sobre todo el envejecimiento de la población.

PROYECCIONES DE LA ESTRUCTURA POR GRANDES GRUPOS DE EDAD DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA, 1991-2026							
Año	Menos de 16		16 a 64		65 y más		TOTAL
	Número	%	número	%	número	%	
1991	7.969.600	20,5	25.497.521	65,4	5.497.956	14,1	38.965.077
1996	6.764.315	17,2	26.310.021	66,9	6.234.148	15,9	39.308.484
2001	6.414.627	15,7	27.598.911	67,4	6.950.706	17,0	40.964.244
2006	6.883.005	15,6	29.707.832	67,5	7.404.260	16,8	43.995.097
2011	7.397.841	16,1	30.573.406	66,4	8.084.582	17,6	46.055.829
2016	7.813.301	16,4	31.109.452	65,1	8.857.956	18,5	47.780.709
2021	7.763.750	15,8	31.695.868	64,4	9.720.075	19,8	49.179.693
2026	7.443.232	14,8	31.967.404	63,6	10.876.681	21,6	50.287.317

Libro Blanco a partir de las proyecciones de población del INE

Una característica demográfica, que se irá agudizando con el paso del tiempo, es la que se ha venido en denominar el “envejecimiento del envejecimiento”, esto es, el gran aumento que va a experimentar el colectivo de población de 80 y más años, cuyo ritmo de crecimiento será muy superior al del grupo de 65 y más años en su conjunto. Como consecuencia de ello, el grupo constituido por las per-

sonas de 80 y más años se ha duplicado en sólo veinte años (los transcurridos entre 1970 y 1990) pasando de medio millón a más de 1,1 millones de personas, y todo hace prever que su número superará los 2,9 millones en el año 2016, lo que en términos relativos supone que, para esa fecha, el 6,1 por 100 de los españoles tendrán más de 80 años.

PROYECCIONES DE LA ESTRUCTURA POR GRANDES GRUPOS DE EDAD DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA, 1991-2026			
Año	80 años y más	% sobre población total	% sobre población de 65 y más años
1991	1.189.798	3,1%	21,6%
1996	1.364.820	3,5%	21,9%
2001	1.615.867	3,9%	23,2%
2006	2.016.934	4,6%	27,2%
2011	2.489.857	5,4%	30,8%
2016	2.902.016	6,1%	32,8%
2021	3.066.955	6,2%	31,6%
2026	3.405.864	6,8%	31,3%

Libro Blanco a partir de las proyecciones de población del INE

Este desarrollo demográfico incide de forma directa en el número de personas necesitadas de cuidados de tercera persona. Según el Libro Blanco el

número de personas con dependencia severa y total para realizar alguna de las actividades básicas de la vida diaria se estima en las siguientes cifras:

PROYECCIÓN DEL NÚMERO DE PERSONAS DEPENDIENTES PARA LAS ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA POR GRADOS DE NECESIDAD DE CUIDADOS (ESPAÑA, 2005-2020).				
	2005	2010	2015	2020
Personas dependientes				
Grado 3 (Gran dependencia)	194.508	223.457	252.345	277.884
Grado 2 (Dependencia severa)	370.603	420.336	472.461	521.065
Grado 1 (Dependencia moderada)	560.080	602.636	648.442	697.277
Total	1.125.190	1.246.429	1.373.248	1.496.226

Por otra parte, los cambios en el modelo de familia y la incorporación de la mujer al trabajo reducen la disponibilidad del cuidado familiar. Tradicionalmente, han sido las familias las que han asumido el cuidado de las personas dependientes, a través de lo que ha dado en llamarse “apoyo informal”. Para ser más exactos, habría que puntualizar que esa función ha recaído y recae, casi en exclusiva, en las mujeres del núcleo familiar, mujeres de mediana edad, entre 45 y 60 años.

El incremento cuantitativo de las situaciones de dependencia coincide en el tiempo con cambios importantes en el modelo de familia y con la incorporación progresiva de la mujer al mercado de trabajo, fenómenos ambos que hacen que este modelo sea insostenible a medio plazo.

La protección actual a las personas en situación de dependencia es claramente insuficiente. No existe un servicio público de atención a los dependientes que cubra de forma completa las necesidades de este importantísimo sector de la población. La realidad actual demuestra, en efecto, que, a pesar de las distintas políticas emprendidas tanto a nivel estatal, como especialmente autonómico, esta asistencia descansa sobre el sector privado, en particular, sobre las familias.

Esta situación no puede tener cabida en el modelo de Estado social de derecho que proclama nuestra Constitución. La dependencia ha dejado de verse como un problema exclusivamente individual o familiar, para pasar a percibirse como un problema que afecta a la sociedad en su conjunto, que exige nuevas políticas públicas y una determinación de los objetivos y funciones del Estado más ajustadas a las necesidades de los ciudadanos, lo que, sin duda, implica nuevos compromisos de protección y financiación.

1. Los fundamentos constitucionales del Proyecto de Ley.

La Constitución Española contiene distintos mandatos dirigidos a los poderes públicos que, ya sean de forma genérica o singularizada, establecen como objetivo prioritario mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y, en particular, de las personas de edad y con algún tipo de discapacidad. Ya desde el artículo 1, en efecto, se puede observar el compromiso del Estado español con las cuestiones sociales y con la consecución de la necesaria igualdad entre todos los ciudadanos: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el plu-

ralismo político”; precepto que, según el Tribunal Constitucional constituye un reflejo de la “solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual” [Sentencia 62/1983, de 11 de julio].

El artículo 9.2 establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Asimismo, el artículo 41 alude a que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...”. El artículo 49, a su vez, obliga a los poderes públicos a realizar una política de integración social de los ciudadanos con discapacidad “para el disfrute de los derechos que éste título otorga a todos los ciudadanos”. Y el artículo 50, en fin, insta a los poderes públicos a garantizar “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Antes de analizar el contenido de lo regulado por esta ley permítanme detenerme en el título competencial por el que la Administración General del Estado dicta esta norma. La disposición final octava establece que “Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución”.

Podría el Gobierno haber optado por otro título competencial, incorporando la protección de las situaciones de dependencia en el Sistema de la Seguridad Social. El Libro Blanco analizaba con detenimiento esta opción, tanto en el marco de la Seguridad Social contributiva como no contributiva.

Existen planteamientos políticos y doctrinales que defienden esta opción. Pensamos que en la decisión del Gobierno, de optar por una regulación fuera de la Seguridad Social, ha pesado el origen de las situaciones que pretende proteger, de carácter fundamentalmente biológico y no profesional, y el hecho de que la materia que se regula se encuentra ya transferida a las Comunidades Autónomas y, por tanto, financiada, aunque sea de forma insuficiente, con cargo a sus presupuestos.

El Consejo de Estado ha dictaminado la constitucionalidad a la vista de la jurisprudencia constitucional. Entiende este órgano consultivo que el Estado tiene competencia para regular la materia objeto de la ley. No obstante, la opción de regular al amparo del artículo 149.1.1 exige que el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia ha de tener una configuración acorde con la competencia que la Constitución atribuye al Estado en dicho apartado.

El ámbito de actuación del Estado, dice el Consejo de Estado, viene determinado por una delimitación negativa en cuanto al alcance de los aspectos a regular: La Constitución “no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad”, de manera que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada de cada uno de aquellos derechos y deberes; y otra delimitación positiva, “las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario (STC 144/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad”.

El Tribunal Constitucional se ha posicionado de forma clara y precisa sobre qué ha de entenderse por condiciones básicas: “dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que

recaen las facultades que integran el derecho (...); los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (...); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho” (STC 61/1997 y 173/1998); en relación con este último aspecto, también afirmaba la STC 209/2000 la posibilidad de que, “junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1 C.E. las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto” contengan una dimensión institucional, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho o la igualdad de todos los españoles en su disfrute.

En definitiva, según la doctrina constitucional, el artículo 149.1.1ª. "constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante (...) que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico" (STC 61/1997, f.j. 7. Y STC 188/2001, f.j. 12).

No lo entienden así los Grupos nacionalistas de CIU y PNV, que consideran el Art. 149. 1. 1ª insuficiente para que el Estado pueda regular esta materia, dado su carácter transversal. Señala el Diputado Sr. Olavarria del PNV en su intervención en el debate de aprobación del Proyecto de Ley en el Pleno del Congreso que este título competencial del Estado solo puede ser invocado “cuando se compruebe *ex post*, es decir, después que en la actuación de una Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias se haya producido una efectiva desigualdad acreditable constitucionalmente”, en ese caso, “el Estado podrá establecer las condiciones esenciales para remover esa desigualdad. Pero esto no es un título atributivo de competencias, esto no posibilita establecer preventivamente o *ex ante* condiciones básicas”. Por su parte, el Sr. Campuzano, en representación CIU en el mismo debate, considera que el Art. 149. 1. 1ª en materias donde el Estado no tiene título competencial no puede ser alegado para legislar. Entiende también que se extralimita en la regulación porque la ley “establece desarrollos reglamentarios, impone conductas al Gobierno de la

Generalitat, regula procedimientos, establece organismos y marca mínimos en las políticas que deben ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas”.

Personalmente considero que la ley es plenamente constitucional y responde a las exigencias que el Tribunal Constitucional establece cuando determina el alcance que debe tener la legislación que se dicte al amparo de este título competencial. La ley establece un nuevo derecho pleno, que tiene la naturaleza de derecho subjetivo y por tanto exigible administrativa y judicialmente. Pues bien, la ley se limita a definir el derecho, determinando el conjunto de servicios y prestaciones que lo configuran, a establecer quienes pueden ser beneficiarios y los requisitos exigibles para su acceso, regulando el instrumento de valoración para determinar quién es dependiente y el grado y nivel que le corresponde. Crea para hacer posible este nuevo derecho un Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, basado en la cooperación entre las Administraciones, con respeto a las competencias de las distintas administraciones y regula su financiación. La Ley no limita la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas, diría más, esta ley no será aplicable sin la regulación específica de éstas, en tanto que se establece un nivel de protección acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas y un nivel adicional específico propio de cada una de ellas (art. 7), así como el mandato de que “las prestaciones y servicios establecidos en la ley se integrarán en la red de servicios sociales de las Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas”, dice el art. 16.1. Por supuesto dicha regulación deberá llevarse a efecto respetando los aspectos esenciales del derecho, que la ley establece.

Para hacer efectiva la cooperación entre las Administraciones que haga posible el funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la ley crea el Consejo Territorial, como órgano de coordinación entre las Administraciones autonómicas y central con funciones que obligan a la colaboración en todos los aspectos esenciales del Sistema:

- a) Acordar el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley.
- b) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos en el catálogo.
- c) Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas.
- d) Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.
- e) Acordar el baremo, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración.
- f) Acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos.
- g) Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema.
- h) Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes.
- i) Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.
- j) Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y en especial las normas sobre el nivel mínimo de protección.
- k) Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.

2. Objeto, principios y ámbito de la ley.

La Ley, dice el artículo 1 tiene por objeto “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públi-

cas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español”.

Estamos ante una ley cuya pretensión es garantizar la igualdad en el ejercicio de un nuevo derecho, que consiste en la promoción de la autonomía y en la atención a las personas en situación de dependencia. Este nuevo derecho es calificado como “subjetivo de ciudadanía”. El concepto de derecho subjetivo es corriente en la doctrina jurídica, para determinar la posición del beneficiario de un derecho, reconocido en una norma, frente al mismo, pero no tan frecuente calificando o definiendo la naturaleza del derecho que la norma establece y regula (No aparece ni en el derecho a la salud, ni a las pensiones, ni a la educación). La razón hay que buscarla en el interés de cuantos agentes han intervenido en la elaboración de esta ley (sindicatos, organizaciones de beneficiarios, grupos parlamentarios) de dejar bien claro que estamos ante la creación de un nuevo derecho con la naturaleza propia que la doctrina atribuye al derecho subjetivo, como es la exigibilidad en vía administrativa y judicial, que la ley misma se encarga expresamente de señalar (art. 4.2.j). Se define también como derecho “de ciudadanía”. Este término es nuevo en el ámbito legislativo, aunque ya empieza a ser normal en la terminología política. La doctrina habrá de profundizar en el significado del término. A vote pronto, y sin una reflexión más intensa, podríamos definir como derechos de ciudadanía aquellos derechos de los que son titulares todos los ciudadanos por el hecho de serlo, sin ningún otro requisito específico distinto del que lo define. No lo serían, por ejemplo, las pensiones de jubilación contributivas, en tanto en cuanto para ser beneficiario de ellas se precisa como requisito, además de tener la edad de 65 años, haber cotizado a la Seguridad Social durante un número determinado de años.

Asimismo, al objeto de creación del derecho se incorpora como hacerlo efectivo, determinando que se llevará a cabo mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y la

garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos. Ambos elementos constituyen aspectos sustanciales, que a lo largo del texto de ley se desarrollan.

La ley define los principios en que se enmarca la atención a las personas en situación de dependencia. De ellos, quisiera destacar los siguientes:

- El carácter público de las prestaciones.
- La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación.
- La personalización de la atención.
- El establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental.
- La promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible.
- La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida.
- La calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a la dependencia.
- La cooperación interadministrativa.
- Las personas en situación de gran dependencia serán atendidas de manera preferente.

La ley está destinada a los españoles que se encuentren en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos y residan en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Los menores de 3 años tendrán un régimen especial prestacional y de valoración.

Las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se registrarán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los ex-

tranjeros en España, los tratados y convenios internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen.

El Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España, así como de los emigrantes españoles retornados.

3. Niveles de protección y prestaciones del Sistema de Dependencia.

La protección de la situación de dependencia por parte del Sistema se prestará de acuerdo con los siguientes niveles:

1º) Un nivel de protección mínimo, establecido por la Administración General del Estado, destinado a garantizar un mínimo de protección para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia.

2º) Un nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los correspondientes convenios.

3º) Un nivel adicional de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma.

La ley garantiza que las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios siguientes:

- a) Al Catálogo de servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia:
 - Servicio de Prevención de las situaciones de dependencia.
 - Servicio de Teleasistencia.
 - Servicio de Ayuda a domicilio:
 - Atención de las necesidades del hogar.

- Cuidados personales.
- Servicio de Centro de Día y de Noche:
 - Centro de Día para mayores.
 - Centro de Día para menores de 65 años.
 - Centro de Día de atención especializada.
 - Centro de Noche.
- Servicio de Atención Residencial:
 - Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
 - Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

Los servicios establecidos en el apartado 1 se regulan sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

b) Prestaciones económicas de las siguientes modalidades:

- Prestación económica vinculada. Esta prestación irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en su programa individual de atención, cuando no sea posible la atención mediante un servicio de los anteriores.
- Prestación económica para cuidados familiares. El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores familiares, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su programa individual de atención. Esta prestación supone un apoyo directo a las familias que desean atender a sus mayores en el medio familiar.
- Prestación económica de asistencia personal. La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia, menores de sesenta y cinco

años, para contribuir a la contratación de una asistencia personalizada, durante un número de horas que les ayude en una vida más autónoma y el acceso a la educación, y al trabajo, además de facilitar el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

c) Ayudas económicas para facilitar la autonomía personal. Estas ayudas irán destinadas a apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria y a facilitar la eliminación de barreras arquitectónicas y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda.

4. Grados de dependencia y su valoración

La situación de dependencia se clasifica en los siguientes grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día.

b) Grado II. Dependencia severa: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere la presencia permanente de un cuidador.

c) Grado III. Gran dependencia: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita la presencia indispensable y continua de otra persona.

Cada uno de los grados de dependencia se divide en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere.

El grado y niveles de dependencia se determinará mediante la aplicación del baremo que se acordará en el Consejo Territorial del Sistema Nacional de

Dependencia para su posterior aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

El baremo establecerá los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia, y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso.

La valoración de la situación de dependencia se llevará acabo por las Comunidades Autónomas.

Para hacer efectivas las prestaciones reconocidas los servicios sociales establecerán, con la participación del beneficiario y, en su caso, de su familia, un programa individual de atención, en el que se determinarán los servicios y las modalidades de intervención más adecuados a sus necesidades, teniendo presente la valoración realizada, el grado y nivel de dependencia reconocido.

5. Financiación del Sistema y aportación de los beneficiarios.

La financiación del Sistema será la que se determine en los presupuestos de las Administraciones Públicas competentes.

La Administración General del Estado asumirá íntegramente el coste derivado de las prestaciones y servicios, de que deben disponer todas las Comunidades Autónomas teniendo en cuenta el número de personas dependientes reconocidas como dependientes en cada una de ellas.

En el marco de cooperación interadministrativa, aprobado por el Consejo Territorial, los Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema.

La aportación de la Comunidad Autónoma será, al menos, igual a la que realice la Administración General del Estado para el nivel mínimo y acordado.

Los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participarán, asimismo, en la financiación de las mismas, según el tipo y coste del servicio y la capacidad económica del beneficiario, que se calculará sobre el conjunto de sus rentas y patrimonio. Para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas se tendrá también en cuenta la capacidad económica del beneficiario.

El Consejo Territorial del Sistema Nacional de Dependencia fijará los criterios de participación de los beneficiarios.

La Memoria del Anteproyecto contempla también, además de las cantidades estimadas para el coste de las prestaciones y servicios que contempla la ley, un fondo específico durante los primeros años para incrementar la hoy insuficiente red de centros y servicios necesarios para atención a las personas dependientes (creación de centros propios, subvenciones a la inversión en centros de iniciativa social sin ánimo de lucro y facilidades para incentivar la creación de servicios por parte de la iniciativa privada). La cuantía global para este fin se ha establecido en 2.000 millones de € en un periodo de cinco años, financiados al 50% por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas.

6. La calidad y eficacia del Sistema Nacional de Dependencia.

La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas promoverán, en el ámbito del Consejo Territorial, la fijación de criterios comunes de acreditación y planes de calidad del Sistema Nacional de Dependencia, dentro del marco general de la calidad de la Administración General del Estado, acordado en el Consejo Territorial:

- a) Criterios de calidad y seguridad para los centros y servicios.

- b) Indicadores de calidad para la evaluación, la mejora continua y el análisis comparado de los centros y servicios del Sistema.
- c) Guías de buenas prácticas.
- d) Cartas de servicios

Para ello, se promoverán los estándares básicos de calidad para cada uno de los servicios que conforman el Catálogo.

Se atenderá de manera específica a la calidad en el empleo.

Los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el catálogo de servicios y promoverán los planes de formación que sean necesarios para la implantación de los servicios que establece la Ley.

Se fomentará también la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas competentes en materia educativa, sanitaria, laboral y asuntos sociales, así como de éstas con las universidades, sociedades científicas y organizaciones profesionales y sindicales para facilitar la capacitación de profesionales.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales establecerá un sistema de información del Sistema Nacional de Dependencia que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las Administraciones públicas. Para ello, en el seno del Consejo Territorial del Sistema Nacional de Dependencia se acordarán los objetivos y contenidos de la información.

El sistema de información contemplará específicamente la realización de estadísticas para fines estatales en materia de dependencia, así como las de interés general supracomunitario y las que se deriven de compromisos con organizaciones supranacionales e internacionales.

7. Órganos consultivos del Sistema Nacional de Dependencia

Se crea un Comité Consultivo mediante el cual se hace efectiva, de manera permanente, la participación social en el Sistema Nacional de Dependencia y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el Sistema Nacional de Dependencia.

Sus funciones serán las de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento de dicho sistema.

Tendrá carácter tripartito (integrado por Administraciones Públicas, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales) y será paritario en la adopción de acuerdos.

El Consejo Estatal de Personas Mayores y el Consejo Nacional de la Discapacidad adquieren también la naturaleza de órganos consultivos de la Administración General del Estado.

8. La atención de la dependencia en el Sistema de salud.

La atención sanitaria a las personas dependientes es un factor clave en la cobertura de las necesidades que este colectivo de personas precisa.

El Libro Blanco, al analizar la responsabilidad del sistema de salud en la atención de las personas en situación de dependencia señala entre otros los siguientes factores:

- Las enfermedades son, con gran diferencia, la causa principal de la dependencia.
- En muchas ocasiones esas enfermedades se pueden prevenir (medicina preventiva).
- La mayoría de las enfermedades que causan dependencia requieren controles y tratamientos para evitar, entre otras cosas, que la dependencia progrese (medicina asistencial).

- Son muy frecuentes las descompensaciones de las patologías crónicas, al igual que las patologías múltiples, con su polifarmacia añadida, etc., lo que conlleva a una especial dificultad en el manejo asistencial (domicilio, residencia, hospital) y clínico (diferentes especialidades) de estos pacientes.
- Con frecuencia son los problemas sanitarios de las personas mayores dependientes los que desbordan las situaciones de asistencia.

Ahora bien las personas con dependencia requieren para que la atención sea adecuada que prestaciones sociales y sanitarias estén coordinadas. Resulta, por tanto, necesario delimitar las competencias de sanidad y de servicios sociales.

La nueva ley diferencia claramente la cobertura de los ámbitos social y sanitario. El artículo 15 determina el catálogo de servicios del Sistema para la autonomía y de atención a la dependencia y lo hace señalando que se establecen estos servicios, sin perjuicio de las prestaciones sociosanitarias que se regulan en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud,

La prestación sociosanitaria en el artículo 14 de la Ley 63/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, se define como “la atención que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social”. Asimismo, la Ley contempla que, en el ámbito sanitario, la atención sociosanitaria se llevará a cabo en los niveles de actuación que cada Comunidad Autónoma determine y comprenderá los “cuidados sanitarios de larga duración, además de la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable”.

Existen algunas diferencias entre las prestaciones y servicios de ambos Sistemas. Las del Sistema de Salud se prescriben por los profesionales sanita-

rios, sin otros requisitos que la necesidad, libremente apreciada por el responsable de su prescripción; por otra parte, son totalmente gratuitas, sin participación económica de los beneficiarios en los costes. Las del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia exigen la valoración de la persona como dependiente y la cofinanciación del beneficiario de acuerdo con su capacidad económica y el tipo de servicio que se le reconoce.

Esto nos llevaría a plantearnos el debate sobre la gratuidad de los servicios sanitarios, la conveniencia de incorporar el tique moderador, la oportunidad de un trato diferenciado en la cofinanciación de los servicios sociales y sanitarios o los resultados de las experiencias de otros países de nuestro entorno europeo en los que existe participación directa de los beneficiarios en la financiación.

9. La coordinación de los servicios de los servicios sociales y sanitarios en la atención a las personas en situación de dependencia. Instrumentos técnicos y jurídicos de coordinación.

La regulación estatal en materia de coordinación se limita a lo establecido en la Ley de cohesión y calidad. Estas prestaciones no han sido desarrolladas en la reciente norma por la que se aprueba la Cartera servicios del Sistema de Salud.

No existe un modelo uniforme de prestación ni de coordinación de servicios sanitarios y sociales. Tampoco existen verdaderos sistemas de coordinación en el ámbito de las Comunidades Autónomas, salvo algunas experiencias y normas de reciente publicación no valoradas suficientemente y escasamente financiadas. El Libro Blanco consideraba que la coordinación debería realizarse a varios niveles:

- a) Entre los servicios sanitarios y los servicios sociales.
- b) Entre los servicios de valoración y de provisión.

- c) Entre los servicios profesionales, sociales y sanitarios, y el sistema de apoyo informal.
- d) Entre las diferentes administraciones públicas: general del Estado, autonómicas y locales

Las distintas iniciativas y modelos de coordinación existentes en el ámbito autonómico se pueden agrupar en dos grandes bloques de alternativas:

El modelo de coordinación socio-sanitaria basado en un conjunto de acciones encaminadas a ordenar los sistemas sanitario y social para ofrecer una respuesta integral a las necesidades de atención social y sanitaria que se presentan simultáneamente en las personas que padecen situaciones de dependencia. (Sancho Castiello. T.2000.)

En este modelo, las actividades de coordinación, que comprenden múltiples diseños y técnicas de intervención, parten del supuesto de la existencia de dos sistemas, social y sanitario, que deben actuar de forma conjunta y complementaria para dar respuesta a necesidades de la persona, que se presentan de forma conjunta.

La coordinación socio-sanitaria, así entendida, tiene un significado que se asemeja a lo que se denomina metodología de la intervención, a través de la cual se pretende optimizar los recursos de ambos sistemas y lograr la mejor comunicación entre ellos con vista a la acción conjunta y toma de decisiones sobre la utilización de los recursos.

El modelo de red de atención sociosanitaria. Entendido como un conjunto de recursos destinados de forma específica a la atención social y sanitaria de las personas en situación de dependencia. Su objetivo es la creación de un nuevo espacio de atención del que forman parte algunos de los recursos del Sistema Nacional de Salud y del Sistema de Servicios Sociales, así como las prestaciones socio-sanitarias de la Ley de Cohesión y Calidad, a las que nos referíamos anteriormente. Se trata por tanto de una estrategia de ordenación de los servicios sanitarios y sociales, algunos de los cuales, junto a

otros recursos específicos, pasan a formar parte de un tercer sistema o red de atención socio-sanitaria.

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia no regula ni puede regular desde el ámbito de la Administración General del Estado la coordinación sociosanitaria. El título competencial, 149.1.1ª, como anteriormente he analizado, no permite regular en ningún caso aspectos organizativos de las CC. AA., especialmente si la materia es competencia exclusiva de las CC. AA. El Proyecto de Ley contempla la coordinación sociosanitaria al definir la participación de las Comunidades Autónomas en el Sistema, señalando que es precisamente esta una de las funciones que le corresponden a las administraciones autonómicas.

10. Efectos jurídicos y económicos del nuevo Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia sobre el Sistema de Salud.

Se me pide una reflexión sobre en qué medida la nueva ley afecta al Sistema de Salud desde el punto de vista jurídico y del de la financiación. Aunque la Ley de Promoción de la Autonomía y atención a las Personas en Situación de Dependencia se encarga de dejar claro que solo regula los aspectos sociales de la dependencia y en ningún momento se refiere a artículo alguno de las leyes de Sanidad o de Cohesión y Calidad del Sistema de Salud, sin embargo hay referencias en la misma que de alguna forma afectarán al Sistema de Salud no está tan claro que no tenga incidencia o repercusión en los aspectos económicos de la sanidad.

La nueva ley, como hemos visto anteriormente, tiene como objeto la regulación de una nueva necesidad social, actualmente desprotegida o protegida de forma insuficiente. Los aspectos sanitarios afortunadamente están atendidos. No obstante, la aplicación del contenido prestacional establecido obligará a ambos sistemas a promover procedimientos y mecanismos de coordinación en los distintos niveles

y áreas de actuación, sobre todo en la planificación, en la valoración y en la provisión de los servicios.

De forma concreta la ley hace referencia al sistema sanitario, además de en los genéricos llamamientos a la coordinación y a las ya citadas prestaciones sociosanitarias, en los siguientes puntos:

- En la valoración de las situaciones de dependencia, señalando que la valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.
- En materia de prevención, cuando dice que la prevención tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos.
- En la atención de los niños de 0-3 años, estableciendo que en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se promoverá la adopción de un plan integral de atención para estos menores de 3 años en situación de dependencia, en el que se contemplen las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sus competencias, para facilitar atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales.

Finalmente, algunas consideraciones sobre los aspectos económicos del Sistema de Autonomía y

Atención a la Dependencia y su incidencia en el Sistema de Salud.

Se ha estimado que 1.375.000 personas se beneficiarán anualmente de las prestaciones de dependencia con un coste aproximado de 9.355 millones de €, de los cuales más de 7.000 serán nuevas aportaciones, incluyendo la cofinanciación de los beneficiarios. Se van a producir mejoras importantes en los niveles de atención de los beneficiarios, que, aunque dirigidos a la cobertura de sus necesidades sociales, repercutirán en la demanda de servicios sanitarios. Soy de los que piensan que actualmente el Sistema de Salud está soportando la falta de medios y recursos de los servicios sociales. Unos buenos servicios sociales contribuirán a una mejora de los servicios de salud.

La creación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia conlleva una racionalización de los servicios y con ello una minoración en los costes de atención. Los costes de los servicios sociales son sensiblemente menores que los sanitarios, aunque será necesario su ajuste a las nuevas exigencias de cualificación de los profesionales y de los requerimientos de calidad que se establezcan, así como a las reivindicaciones de homologación, que, sin duda, la creación del Sistema planteará.

La Ley prevé una Red de servicios de Sistema para hacer frente a las necesidades de atención de quienes sean reconocidos como dependientes. Su creación permitirá una atención más adecuada en centros y servicios específicos para mayores y liberará recursos del Sistema sanitario que podrán ser destinados a servicios de salud. Ahora bien, esta liberación de recursos en ningún caso debe suponer el desentendimiento de la responsabilidad sobre los cuidados sanitarios de las personas mayores, que deben ser asumidos íntegramente por el Sistema de Salud.

Madrid 14 de octubre de 2006

CONCLUSIONES DEL XV CONGRESO “DERECHO Y SALUD”

MESA DE TRABAJO SOBRE RECURSOS HUMANOS

La planificación de la formación especializada y el estatuto del residente.

1.- Con carácter general se ha concluido por la mayoría de los participantes en la indefinición del Estatuto del M.I.R. en asuntos concretos.

2.- Se discutió ampliamente sobre la jurisdicción competente para resolver los conflictos entre el personal laboral MIR sujeto a la relación laboral especial regulada en el vigente Estatuto de los Trabajadores y la Administración sanitaria empleadora.

3.- La conclusión a que se llegó mayoritariamente fue que las cuestiones relacionadas con la posible valoración negativa por parte de la Comisión de Docencia, al tratarse de una cuestión de carácter académico, deberían sustanciarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Pero, por el contrario, aquellas cuestiones de índole estrictamente laboral (reclamaciones salariales, vacaciones, etc.) serían competencia de la Jurisdicción Social.

4.- A la Jurisdicción Contencioso-Administrativa acuden los trabajadores ligados por una relación estatutaria, porque son funcionarios "especiales", aunque se les aplica con carácter supletorio las normas de Derecho Administrativo. Por el contrario, el personal MIR se rige por su Estatuto, que los declara personal laboral especial regido por dicha norma y por los convenios colectivos que en su día se pacten y supletoriamente por el Estatuto de los Trabajadores, lo que aboca a que la Jurisdicción competente sea la Social.

5.- También se concluyó que existe un posible problema al establecerse condiciones laborales y

particularmente salariales diferentes en las distintas Comunidades Autónomas. Solucionar estas disparidades no resulta fácil, pero tampoco parece adecuado volver al "café para todos" que no sería más que resucitar al INSALUD.

Reconocimiento médico obligado del personal sanitario.

1.- Con respecto a los reconocimientos previos.

Se entiende que los reconocimientos médicos previos a la admisión, definidos en la Ley General de Seguridad Social (RDL 1/1994, artículo 196) son obligatorios tanto para el empresario como para el personal sanitario, dado el riesgo evidente de este personal a contraer enfermedades profesionales específicas y recogidas en el ordenamiento jurídico.

Que si bien estos reconocimientos previos no se mencionan en la Ley 31/1995 ni en el RD 39/1997 tampoco se prohíben, y que si bien su objetivo parece orientado a la cobertura del aseguramiento de la contingencia profesional, tienen también un carácter preventivo y específico para la prevención del riesgo de las enfermedades profesionales concretas que pudieran contraer los trabajadores sanitarios. Así mismo, garantizarán el cumplimiento del artículo 25 de la Ley 31/1995.

2.- Con respecto a los reconocimientos periódicos.

De igual manera se entiende dicha obligatoriedad respecto de los reconocimientos periódicos específicos para la prevención de las mencionadas enfermedades profesionales. Esta obligación se en-

cuentra refrendada tanto por lo dispuesto en la LGSS, artículo. 196, como por lo especificado en el RD 39/1997, artículo 37-3B, y de acuerdo a lo especificado en el artículo 22 de la Ley 31/1995. Por lo que conforme a los principios de voluntariedad del trabajador, respeto a la intimidad, no discriminación, confidencialidad y especificidad, entraríamos en las excepciones establecidas por las normas específicas que afecten al personal sanitario, como, por ejemplo, las relativas a radiaciones ionizantes (RD783/2001), ruido (RD 286/2006) protocolos de VS específica del Ministerio de Sanidad y Consumo para riesgo biológico, agentes anestésicos, etc. Igual excepcionalidad se deberá contemplar cuando exista riesgo evidente a terceros.

3.- Con respecto a la diferenciación entre reconocimientos iniciales y previos.

En torno a la aparente incompatibilidad de las funciones atribuidas al personal sanitario de los servicios de prevención en el artículo 37-3 del RD 39/1997 para la realización de los reconocimientos previos, (a diferencia de los iniciales) se plantea la posibilidad de que sean las propias entidades gestoras del aseguramiento de la contingencia y sus colaboradoras inmediatas (MATEPSS) quienes asuman esa función.

El nuevo modelo universitario y su incidencia en la estructura de las profesiones sanitarias.

1.- La Declaración de Bolonia (1999) y la creación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) supone la asunción por parte de los países europeos adheridos, del compromiso de reorganizar sus estructuras de formación superior en aras de crear un espacio universitario transnacional que favorezca una mayor cohesión de la cultura, población y economías europeas.

2.- La puesta en marcha de esta reorganización universitaria toma como pilares la redefinición y homologación de los contenidos de las titulaciones y de su duración. En lo sucesivo, se articularán en torno a estudios de grado (Título) y postgrado. Este

último, a su vez, engloba dos ciclos: Master y Doctorado.

3.- La puesta en marcha en España del nuevo modelo no plantea problemas en la mayoría de las titulaciones. Destaca la reducción a cuatro cursos (antes cinco) el número de los requeridos para la obtención del Grado (anteriormente Título). A su conclusión, el estudiante podrá optar entre acceder al mercado laboral o continuar su formación (postgrado) realizando un Master (de 1 o 2 años) o el Doctorado (de tres años de duración, previa realización, en su caso, de un curso formativo). El Master puede preceder al Doctorado. En todo caso, la formación de postgrado requiere haber obtenido el Grado.

4.- El tránsito hacia el nuevo modelo no es pacífico para determinadas titulaciones. En particular, aquellas cuya articulación se ha efectuado mediante Directivas comunitarias.

Es el caso de determinadas profesiones sanitarias: médico, enfermero, matrona, odontólogo, veterinario y farmacéutico. La normativa comunitaria prevé contenidos, duración y ciclos específicos de especialización que no son, en principio, compatibles con la solución adoptada para el resto de titulaciones.

5.- Este desajuste es especialmente visible de la carrera en medicina y sus especialidades. Según las Directivas, a los estudios necesarios para alcanzar el título de médico (con una duración de 6 cursos) hay que unir un ciclo de especialización de extensión variable (3, 4 o 5 cursos), lo que hace que las especialidades médicas sean difícilmente encajables en el esquema Grado-Master-Doctorado resultante de Bolonia.

Las profesiones sanitarias se enfrentan al *handicap* de que, a la conclusión de unos estudios con ciclos dilatados en el tiempo, los estudiantes no podrán acceder, sin realizar nuevos estudios, a las categorías de Master o Doctor. A este problema se añade el del necesario rediseño de contenidos de las materias de estudio para adaptarlos al nuevo esquema del EEES basado en el *principio de troncalidad*.

6.- La necesaria reestructuración de los estudios en medicina para adaptarlos a las exigencias de homologación del EEES exigirá en los próximos meses un esfuerzo a las autoridades administrativas y universitarias nacionales con la finalidad de que el

nuevo modelo universitario español sea plenamente operativo en el curso 2008-09.

MESA DE TRABAJO SOBRE DERECHOS Y DEBERES DE LOS USUARIOS

El acceso del paciente a la historia clínica: en particular, las anotaciones subjetivas

Dado que la mayoría de las anotaciones obrantes en una historia clínica son de carácter subjetivo y que habitualmente ostentan una enorme trascendencia clínica, no resulta razonable privar al paciente del acceso a las mismas, por lo que se propone como solución para resolver la controversia que suscitan su eliminación del articulado de la Ley 41/2002.

Cuidados paliativos e instrucciones previas: problemática.

1.- La mesa de trabajo comenzó con una breve exposición de su relator. Se expuso la situación actual de esta cuestión tras recordar una serie de momentos históricos que han marcado un hito en la evolución y desarrollo de su marco conceptual y legal. Se puso de manifiesto que abordar la cuestión de los tratamientos al final de la vida supone tener que caminar por la línea existente entre lo que se puede hacer y lo que no. Cualquier documento o publicación que se ocupe de estas cuestiones termina estableciendo el campo de la actuación médica entre la eutanasia y la denegación de asistencia. Pero no se trata de una delgada línea de difícil delimitación, sino de todo el campo de la *lex artis* médica que se mueve entre el derecho del paciente a rechazar cualquier tratamiento médico y el derecho del paciente a que se le apliquen los cuidados paliativos necesarios. Cabe recordar en este sentido que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece inequívocamente que *"Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios"* y que *"Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento,*

excepto en los casos determinados en la Ley". Por otra parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud establece como una prestación del sistema sanitario la atención paliativa a los enfermos terminales, tanto en atención primaria como en especializada, completando así el Catálogo establecido en su momento en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, ahora derogado por el actualmente vigente Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

2.- Se ha recordado, igualmente, que el verdadero motor de la implantación jurídica en España de las instrucciones previas, fue la firma del Convenio de Oviedo en 1997. Ninguna norma había regulado en España la figura de las instrucciones previas o voluntades anticipadas hasta entonces, aunque el caldo de cultivo para su introducción venía preparándose desde bastante tiempo antes. El Convenio declara en el preámbulo su convencimiento de la *"necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad"*. Especial importancia tiene su artículo nueve en el que por primera vez en España una norma jurídica reconoce el valor legal de las voluntades anticipadas. Establece que *"Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad"*. Así pues, el Convenio de Oviedo ha marcado sin duda un hito en España en la evolución e implantación de las voluntades anticipadas, y a partir de él se ha producido una auténtica cascada normativa. Actualmente, junto con la Ley 41/2002, básica para todo el Estado, se han dictado normas en la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas.

3.- Se ha recordado que las Instrucciones Previas son la forma de expresar los deseos de un sujeto respecto a cómo quiere ser tratado médicamente en el caso de que, en un momento posterior, no tenga capacidad para tomar decisiones, o sobre el destino de sus propios órganos o de su cuerpo una vez que se produzca el fallecimiento. Su origen y desarrollo se encuentra en las directivas anticipadas norteamericanas y el primer precedente que suele citarse es el de un documento elaborado en 1969 por un abogado de Chicago, Luis Kutner, cuya finalidad era que una persona pudiera expresar anticipadamente su deseo de que se le dejara de aplicar un determinado tratamiento en caso de enfermedad terminal. Surgen, por tanto, frente al imperativo tecnológico, expresión que hace referencia a la conducta médica basada en hacer todo lo que sea técnicamente posible para alargar la vida del paciente al máximo y a cualquier coste, lo que supone la utilización de medidas extraordinarias para prolongar la vida del enfermo sin solución, aunque ello le origine un importante sufrimiento. Es el encarnizamiento terapéutico.

4.- Se ha señalado también la tendencia que existe a la hora de relacionar las instrucciones previas exclusivamente con la limitación del esfuerzo terapéutico, cuando, sin embargo, pudiera darse el caso de que una persona las utilice para solicitar precisamente lo contrario, es decir, para pedir que no se suspendan las medidas terapéuticas y se apliquen cuantos medios técnicos sean posibles para alargar la vida. Se suscitó la pregunta relativa a si es legal suspender en estas circunstancias el tratamiento. Se produjeron diversas intervenciones que mayoritariamente se han inclinado por la necesidad de limitar este tipo de peticiones o bien no aplicar aquellas instrucciones previas que contengan manifestaciones de voluntad de esta índole. La justificación para no acceder a la aplicación de tratamientos no efectivos médicamente, próximos al encarnizamiento terapéutico, se encontró, tanto en un enfoque ético basado en el Principio de Justicia, como en la inadmisibilidad de la aplicación de tratamientos fútiles, precisamente por ser contrarios a la *lex artis*

y por tanto, de acuerdo con la propia Ley, no aplicables.

5.- Ha sido objeto de varias intervenciones la existencia de problemas en cuanto a la redacción y otorgamiento de las instrucciones previas y también respecto a su interpretación y aplicación. Por lo que se refiere a su elaboración, ante la prolijidad de cuestiones que pueden incluirse en unas instrucciones previas, se ha puesto de manifiesto la conveniencia de utilizar modelos de documento estándar y, siempre que sea posible, buscar el asesoramiento de los profesionales sanitarios, preferentemente en el seno de la relación médico-paciente. El uso de modelos estándar lleva a que se redacten de modo muy general o inespecífico o muy detallado y lleno de especificaciones que hacen difícil su comprensión por el paciente. La pregunta concreta que se formuló en relación con estas cuestiones es si las instrucciones previas tendrán una utilidad real en nuestra sociedad que justifique el complejo entramado administrativo que supone la creación de los registros autonómicos y el nacional. En las intervenciones efectuadas, como denominador común, se hizo la reflexión sobre si nuestra sociedad y nuestra cultura demandaban la introducción de esta figura jurídica, ello sin perjuicio del reconocimiento de su trascendencia como instrumento esencial para la salvaguarda del derecho a la libertad y la autonomía personal.

6.- También se resaltó la indefinición y desconocimiento del futuro como otro de los problemas importantes a la hora de redactar el documento. Cuando se otorgan unas voluntades anticipadas, en muchos casos el paciente desconoce cual va a ser su verdadera situación clínica, de manera que el documento se formula en torno a unas preferencias vitales que responden a un momento concreto y, en ocasiones, muy alejado de la realidad futura.

7.- Respecto a la aplicación de las instrucciones previas se ha insistido en la dificultad que supone la falta de creación del registro nacional previsto en la legislación estatal y las extralimitaciones que se han producido en la regulación hecha por algunas Leyes autonómicas. Concretamente, se ha recordado como

alguna de las Leyes ha establecido requisitos de edad y capacidad diferentes a los marcados en la norma básica, lo que en principio plantea dudas respecto a su posible aplicación en Comunidades Autónomas diferentes a aquella en la que hayan sido otorgadas. Otras normas autonómicas han contemplado expresamente el reconocimiento del derecho de los profesionales sanitarios a acogerse a cláusulas de objeción de conciencia, y a establecer la inscripción registral como elemento constitutivo y no meramente declarativo.

8.- Finalmente, se ha suscitado la cuestión relativa a la posibilidad de que tanto los notarios como los encargados de los registros de instrucciones previas se nieguen a formalizar aquellas en las que la voluntad manifestada sea contraria al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*. Sería necesario, en este sentido, delimitar el alcance de la prohibición establecida en el apartado tres del artículo once de la Ley básica estatal.

Tratamiento ambulatorio forzoso en enfermos mentales.

1.- El empleo de medios coercitivos en psiquiatría se encuentra legitimado mediante el recurso a un paternalismo éticamente justificado. La inmensa mayoría de los filósofos justifican la intervención benéfica dirigida a evitar perjuicios cuando en la persona concurren caracteres de incompetencia. Ahora bien, aún constatada la incompetencia no toda intervención es válida sino que -también es posición generalmente aceptada- que habrá de optarse por la alternativa (efectiva) menos restrictiva de entre las posibles.

2.- Tradicionalmente los instrumentos de coerción en psiquiatría han sido los siguientes:

- El internamiento involuntario o forzoso (*involuntary admission*), entendiéndose por tal aquella modalidad de ingreso hospitalario que se justifica en base a la peligrosidad del paciente hacia sí o hacia terceros o bien por necesidades de tratamiento. La nomenclatura varía según los países, siendo distinto el grado de intensidad de la regulación de esta for-

ma de privación de libertad y diferentes los criterios y causas justificadoras de la decisión de internar.

- El aislamiento terapéutico (*seclusion*), considerando como tal la ubicación de un paciente en una habitación cerrada, destinada precisamente (la habitación, la medida o ambos) a la separación del paciente de su entorno.

- La inmovilización terapéutica (*restraint*), que viene referida a la fijación o sujeción de, cuando menos, alguno de los miembros del paciente mediante dispositivos mecánicos *ad hoc*. Como señala la *Joint Commission on the Accreditation of Health care Organizations* es el “uso de procedimientos físicos o mecánicos dirigidos a limitar los movimientos de parte o de todo el cuerpo de un paciente a fin de controlar sus actividades físicas y protegerlo de las lesiones que pudiera infligirse a sí mismo o a otros”.

- El tratamiento médico forzoso (*forced medication* o *compulsory medical treatment*) o implantación de terapias médicas sin contar con la voluntad personal del paciente.

A estos instrumentos tradicionales se añadiría otro nuevo: el “tratamiento ambulatorio involuntario” (TAI en lo sucesivo). O no tan nuevo, ya que en realidad el TAI no deja de ser una modalidad de medicación involuntaria, en el medio ambulatorio, pero involuntaria al fin y al cabo. En realidad bajo el término TAI existen diversas formulaciones:

Suspensión condicional del internamiento. Bajo la fórmula anglosajona de *conditional release* o germana de *Aussetzung der Unterbringung* se configura en algunos países una modalidad de tratamiento externo para aquellas personas que habiendo sido internadas son dadas de alta bajo la condición de seguir un plan de tratamiento. Así sucede en Alemania, Inglaterra y Gales, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Israel, Canadá y varios Estados de la Unión. (Idaho, Maryland, Missouri, Montana, Nevada, Dakota del Norte, Ohio, Oregón, Texas, Washington, Wisconsin, entre otros).

- El tratamiento ambulatorio como alternativa al internamiento. Es una opción que se contempla en algunos ordenamientos estatales de Norteamérica (Alaska, Kentucky o Alabama). Básicamente ésta consiste en la posibilidad de elegir entre internamiento involuntario o tratamiento ambulatorio involuntario, obviamente solo en aquellos casos en los que el paciente reúne criterios para uno y otro. Se habla en estos supuestos de empleo de la alternativa menos restrictiva (*the less restrictive alternative treatment*).

- Permisos de ensayo. Los llamados permisos de ensayo o prueba son otra modalidad de tratamiento externo que, al igual que la suspensión condicional, parte de la existencia de previo ingreso hospitalario. Puede decirse que son una interrupción temporal y programada del internamiento. Existen manifestaciones de esta figura tanto en derecho comparado (así Francia) como en la normativa histórica de nuestro país (Real Decreto de 12 de mayo de 1885 y especialmente en el Decreto de 3 de julio de 1931, art. 30).

- Tratamiento preventivo. Bajo la fórmula de tratamiento preventivo involuntario (*preventive commitment*) se engloban aquellas formulaciones más puras del TAI. Su origen podría ubicarse en el Estado de Carolina en el que fue aprobada la primera normativa de esta modalidad de actuación en 1983. Sin embargo tendrían que pasar algunos años hasta que se consagrara esta modalidad con la aprobación, primero en el Estado de Nueva York (1999) y posteriormente en el de California (2002), de sendas leyes conocidas como *Kendra's Law* y *Laura's Law*, respectivamente. Ambas regulaciones se inspiran en el mismo patrón, pero tienen algunas diferencias.

3.- Si en Estados Unidos fueron unos acontecimientos luctuosos los que provocaron la aprobación de las dos leyes más significativas sobre TAI –asesinato de Kendra Webdale y de de Laura Wilcox- y en el Reino Unido la iniciativa corrió a cargo de las corporaciones profesionales (psiquiatras y trabajadores sociales) en España tal cometido catalizador ha sido protagonizado fundamentalmente por las

asociaciones de familiares de enfermos mentales. En el marco de los trabajos emprendidos por la FEA-FES (Confederación Española de Agrupación de Familiares y Enfermos Mentales) y el CEIFEM (Centro Español de Información y Formación sobre la Enfermedad Mental” fue elaborada una propuesta de incorporación de un nuevo número al vigente art. 763 LEC que, de ser aprobado, rezaría así:

“5. Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del Forense y Ministerio Fiscal.

En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.

El plazo máximo de duración de esta medida será de dieciocho meses”.

4.- La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso (Convergencia i Unió) fue admitida a trámite el 2.7.2004, y fue tomada en consideración en la sesión del 5.10.2004. Tras una serie de comparecencias de expertos, se han ido sucesivamente prorrogando los plazos de presentación de enmiendas. La propuesta de reforma legislativa pretende afrontar una situación, ciertamente problemática, planteada por la falta de adherencia al tratamiento de pacientes mentales con graves trastornos.

En el amplio e intenso debate que ha tenido lugar con motivo de la discusión de esta propuesta de innovación legislativa se ha argumentado a favor de la misma: la necesidad de implementar principios reguladores específicos de la enfermedad mental en nuestro ordenamiento jurídico, la existencia de una cobertura internacional para la regulación de los TAIs, la ya probada eficacia de algunas experiencias

que se han desarrollado en algunos juzgados de nuestro país, la garantía que supone la intervención judicial, la necesidad de afrontar estadios intermedios entre el internamiento y la declaración e incapacidad. En contra, básicamente se ha argumentado que el TAI no resuelve el problema de base (la pervivencia de un “sistema sociosanitario deficitario”), que el marco jurídico actual (básicamente el art. 20 Ley General de Sanidad y Ley 41/2002 de Autonomía del paciente) es suficiente para afrontar este tipo de situaciones que requieren una intervención terapéutica involuntaria o que no es adecuada la judicialización de un tema que es fundamentalmente socio-sanitario.

5.- En el curso de la discusión sobre este tema, y en diversos foros, el relator de esta mesa ha sugerido que cualquier empleo de medios o medidas coercitivas en la práctica psiquiátrica ha de respetar los siguientes principios:

- Respeto a la dignidad personal.
- No discriminación.
- Legalidad.
- Indicación terapéutica en interés de la persona.
- Congruencia y empleo de la alternativa menos restrictiva.
- Limitación temporal y revisión de la medida.

- Programación con la participación del paciente.
- Idoneidad de los dispositivos y eficacia de la intervención.
- Asistencia integral.
- Documentación de actuaciones.
- Asesoramiento y defensa.
- Control, fiscalización y revisión.

El nudo gordiano de la cuestión se sitúa en si el tratamiento ambulatorio involuntario es, efectivamente, el medio menos restrictivo de entre los posibles. Es decir, corresponde identificar los términos de la comparación entre las distintas opciones posibles (TAI como fórmula menos restrictiva que el internamiento o la incapacitación, según afirman los defensores de la propuesta; tratamiento comunitario asertivo como sistema menos restrictivo que el internamiento y que el propio tratamiento ambulatorio involuntario).

Enlazado con lo anterior, el dilema se plantea en si la intervención judicial es un instrumento adecuado para solventar situaciones que en cualquier caso –y así lo afirman detractores y defensores de la propuesta de introducción en España del tratamiento ambulatorio involuntario- necesitan fundamentalmente de la dotación de los suficientes recursos humanos y personales.

MESA DE TRABAJO SOBRE DISPENSACION DE MEDICAMENTOS

Introducción.

Se ha pasado de la Ley 25/1990, del Medicamento, que se ocupaba únicamente sobre aspectos sanitarios, a una Ley, la 29/2006, de 26 de Julio, de Garantías y Uso Racional del Medicamento y Productos Sanitarios (en adelante, Ley 29/2006), que se ocupa de cuestiones económicas y sanitarias entremezcladas.

En los tres temas de las mesas de trabajo, es decir, dispensación, receta médica y visados, se puede observar de forma clara este aspecto económico: en el caso de la receta médica la obligación de prescripción por principio activo; el establecimiento de una base legal para el por algunos llamado "visado económico"; y por último, en el régimen de sustitución obligatoria en la dispensación.

Estamos, por tanto, en un nuevo marco legal y a la espera de cómo se desarrollará reglamentariamente la nueva Ley 29/2006, que entretanto tiene que coexistir con reglamentación antigua.

El régimen jurídico de la receta médica.

1.- Dentro de los principales retos de la normativa de desarrollo, se destacó la necesidad de implementar un modelo único de receta médica privada para hacer frente, por ejemplo, a problemas de falsificación o de expedientes sancionadores injustos para los farmacéuticos.

2.- En relación con la receta electrónica, se concluyó que el farmacéutico debe tener cierto acceso a la historia clínica, al tiempo que se abogó por una regulación simple y sencilla de la receta electrónica. En cualquier caso, se puso de relieve la necesidad de integrar la prescripción y la dispensación.

3.- Por otro lado, se generó discusión en torno a los profesionales facultados para prescribir ciertos medicamentos, siendo difícilmente entendibles diferencias de trato entre profesionales con una formación en farmacología similar (odontólogos y enfermeros).

4.- Quizá un los debates más "vivos" fue cuando salió a colación el tema de quién debe desarrollar reglamentariamente la receta médica, el Estado por medio del Consejo Interterritorial de Salud, implantando así un modelo único para todo el territorio, o las Comunidades Autónomas de forma que puedan adaptar el articulado a las peculiaridades de cada una de ellas.

El visado de los medicamentos.

1.- El visado es una figura polémica, pues resultan confusos los siguientes aspectos: su naturaleza; sus fines; el procedimiento y la entidad competente para imponerlos. Se podría hacer una tentativa de definición del visado como aquella medida empleada por diferentes Administraciones sanitarias para asegurar el uso racional del medicamento consistente en exigir el visado de la Inspección de Servicios Sanitarios como condición previa a la dispensación de determinados medicamentos con cargo al fondos públicos.

2.- La industria suele distinguir entre visados destinados a la protección de la salud (visados de función clínica: DH, ECM) y los visados orientados a la contención del gasto (visados económicos), destacando las siguientes características de los visados: el incremento de la burocracia; interferencia en la libertad de prescripción del médico y pérdida de recetas (debido a las molestias causadas a médico y paciente).

3.- Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/2006, a pesar de cierta jurisprudencia vacilante, el artículo 22 de la Ley 25/1990 sólo parecía ofrecer

base legal sólida para los denominados visados de función clínica, que incluso habían sido cuestionados mediante Dictamen Motivado de la Comisión Europea. La nueva Ley pretende dar cabida junto a los visados sanitarios -previstos por su Artículo 24.2-, la posibilidad de imponer visados por razones de financiación en el Sistema Nacional de Salud mediante el Artículo 89.1 último párrafo.

4.- El Proyecto de Real Decreto que desarrolla el Artículo 89.1 de la Ley 29/2006, de 23 octubre, profundiza en esta línea, al identificar las reservas singulares con el visado, aplicándose a los siguientes tipos de medicamentos:

- Sujetos a prescripción médica restringida (es decir, a los de uso hospitalario, a los indicados para enfermedades diagnosticadas en medio hospitalario o que disponga de medios de diagnóstico adecuados); los que pueden *“producir reacciones adversas muy graves, lo cual requiere, si es preciso, una receta médica extendida por un especialista y una vigilancia especial durante el tratamiento”*

- También a aquellos medicamentos sobre los que medie una resolución motivada y publicada de la AEMPS por plantear especiales problemas de seguridad, circunscribirse al tratamiento farmacológico de determinados grupos poblacionales de riesgo.

- Sobre los medicamentos con sólo algunas de sus indicaciones financiadas y con aportación en función del tipo de paciente.

5.- Tras el análisis de esta situación legal y reglamentaria, la mesa de trabajo alcanzó las siguientes conclusiones:

A. Los visados pueden obedecer a criterios económicos, pero no basarse exclusivamente en consideraciones de orden económico. Hubo quién cuestionó la clasificación visados de función clínica/visados económicos, al tener que existir siempre un trasfondo sanitario.

B. No puede establecerse un juicio de valor apriorístico acerca de la permisibilidad de los diferentes visados. Hay que valorar caso por caso de

acuerdo con criterios de proporcionalidad de conformidad con la jurisprudencia del TJCE.

C. Es previsible que la litigiosidad en materia de visados, lejos de disminuir, aumente debido a que las Administraciones sanitarias cuentan con más herramientas para imponerlos.

D. En cuanto a la competencia para aplicar visados, algunos representantes de las Comunidades Autónomas entendieron que la Ley 29/2006 no impide que las Comunidades Autónomas impongan sus propios visados.

Dispensación de medicamentos.

Entre las novedades a destacar en la nueva Ley 29/2006 en torno a la dispensación de medicamentos, pueden reseñarse las siguientes: a) la obligatoriedad de prescripción por principio activo; b) la regulación de la posible venta por Internet de medicamentos que no son de prescripción; c) la reafirmación del monopolio de las oficinas de farmacia; d) la emisión de recibo en sustitución de la obligatoriedad de que el precio figure en el etiquetado; e) la venta directa de medicamentos.

Las conclusiones de la mesa de trabajo en torno los diferentes temas planteados fueron las siguientes:

1.- Modelo de oficinas de farmacias.

Hubo unanimidad para defender el modelo mediterráneo cuestionado por el Dictamen Motivado que envió la Comisión Europea a España. Las instituciones que defienden el modelo mediterráneo dicen que la práctica ha demostrado que Navarra -la única Comunidad Autónoma que se ha apartado del modelo mediterráneo-, ha sufrido consecuencias muy negativas desde el punto de vista sanitario, incluyendo un retraso permanente en el abastecimiento y virtual imposibilidad de abastecerse en zonas en las que las oficinas de farmacia no se implantan por razones de rentabilidad.

2. Venta por Internet.

Es imprescindible garantizar la presencia del farmacéutico para la venta por Internet de cualquier tipo de medicamento. De momento, lo que se ha hecho con la Ley 29/2006 es adaptar el modelo español a las exigencias comunitarias, pero a falta de normativa de desarrollo, cabe pensar que en España todavía no es posible comprar OTC por Internet, lo cual podría estar contraviniendo lo establecido en el Artículo 30 del Tratado de la Unión Europea que establece el principio de la libre circulación de mercancías.

3. Emisión de recibo.

La supresión del precio de los envases constituye una medida que puede confundir al paciente que tiene que confiar en el farmacéutico sin tener la posibilidad de comparar el precio del medicamento con el precio autorizado.

4. La receta médica en la dispensación.

La falta de modelo normalizado de receta privada determina que se produzcan determinadas dispensaciones en las que no puede acreditarse que la receta ha sido exigida. La responsabilidad de la dispensación de medicamentos de prescripción sin receta no es exclusiva de la oficina de farmacia, sino compartida con la propia Administración y el prescriptor.

5. Fraccionamiento.

Se debatió acerca de si el fraccionamiento para la dispensación de unidades concretas debía ser remunerado (tesis de los farmacéuticos) o gratuito (tesis de alguna Administración), sin llegarse a conclusiones comunes.

INGESTA DE CAUSTICOS: ¿UNA FORMA DE SUICIDIO FEMENINO? ¹

Autoras: *Delgado de Mendoza Ruiz, B;*
Solís Ríos, M. I;
Ripoll Leria, M^a A;
Jurado Cortes, I.

El suicidio es un fenómeno que ha acompañado la historia del hombre. Y aunque en diferentes épocas la explicación de sus causas y la actitud hacia el mismo ha variado, el comportamiento o el acto ha existido en casi todas las culturas. En efecto, las mayores diferencias no se encuentran en los índices de suicidio sino en la perspectiva de valoración y la reacción de la sociedad frente al mismo. En la antigüedad, en países como Japón, China y gran parte de Europa, el suicidio no sólo era frecuente sino que en muchos casos era honroso; en los siglos VII y VIII, la Iglesia (1) empezó a castigar severamente a quienes intentaban suicidarse y en el siglo XIII, Santo Tomás de Aquino atribuyó el suicidio a una inspiración demoníaca y a un pecado contra Dios. Sólo seis siglos más tarde se haría un importante avance en la materia: hacia 1820, el médico J.P. Falret señaló que el suicidio era resultado de un "trastorno mental" y en 1838, Esquirol se refirió al acto suicida como a una consecuencia de una crisis de tipo afectiva.¹

Hacia finales del siglo XIX, Morselli (1879) y el sociólogo francés Durkheim (1897) introducen los factores sobre los cuales se basarían los estudios posteriores y las teorías sociológicas sobre el suicidio. En sus textos, Durkheim define el suicidio como "todo caso de muerte que resulte directa o indirectamente de un acto, positivo o negativo, realiza-

do por la víctima misma sabiendo ella que debía producir este resultado" y concluye que la forma de prevención más eficaz es la promoción del sentido de pertenencia de los individuos a un grupo o a una comunidad.

A pesar de su antigüedad, como ya hemos dicho, la definición de Durkheim (2) sigue siendo relevante: "... se llama suicidio todo caso de muerte que resulte, directa o indirectamente, de un acto positivo o negativo, realizado por la víctima misma, sabiendo ella que debía producir este resultado." De acuerdo con ésta, detrás de la actuación suicida precede una clara intención de búsqueda de la muerte por medios propios. La magnitud de la intención, si podemos calificarla así, puede ser variable y fluctuante en el tiempo. Esto descarta de pleno ciertas conductas que a veces calificamos como formas de suicidio sin serlo: la práctica de deportes de riesgo, el consumo mismo de sustancias psicoactivas o algún otro tipo de conductas peligrosas o imprudentes en su ejecución. El punto clave es la existencia de una intención o una ideación de muerte propia deseada. Esto también descarta situaciones de suicidio accidentales o suicidios inconscientes.

Algunas veces podemos encontrar casos de muertes en donde puede ser complicado definir con precisión si se trató de un accidente, de un suicidio o de un homicidio por las circunstancias y antecedentes que rodean en el hecho. Es por esta razón que, salvo los casos de muerte natural, cualquier otra tipo de muerte siempre es estudiada por el Ins-

¹ Comunicación presentada en el "XV Congreso Derecho y Salud", celebrado en Oviedo

tituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sobretodo en aquellos casos en donde se quiere enmascarar un homicidio con visos de accidente o suicidio.

La dimensión del problema en cifras la podríamos definir de la siguiente forma (3): A nivel mundial, las cifras de autolesiones se estiman entre un 3-5 % de la población mayor de 16 años, incluidos los suicidios consumados. La cifra anual en la Unión Europea es de 800-1.000 casos por cada 100.000 habitantes/año. Del 15-30 % de los pacientes que se autolesionan repiten la conducta antes del año, y entre el 1-2 % se suicidarán entre los 5 y 10 años de la tentativa. Diariamente se producen en el mundo de 8.000 a 10.000 intentos de suicidio, de los que 1.000 lo consiguen. Según la OMS, el suicidio sería la décima causa de muerte en los países civilizados.

INTRODUCCION.

Principales factores de riesgo personal y demográfico para el suicidio

- Trastornos psiquiátricos: En más del 90 % de los casos existe enfermedad psiquiátrica concomitante. Por orden de frecuencia tenemos:
- Trastornos del estado anímico: El riesgo de por vida es de un 15-20 %, siendo mayor en la depresión mayor y los cuadros de psicosis maniaco-depresiva (alternancia de periodos de depresión con otros de gran vitalidad, hiperactividad psíquica y motora, y ánimo exaltado). Es menos frecuente en la primera etapa de quejas afectivas.
- Abuso de sustancias psicoactivas: Se denominan así porque producen engañosamente una sensación psíquica muy agradable. Concretamente en el alcoholismo, el segundo diagnóstico psiquiátrico más frecuente, la tasa de suicidios es del 15 %. La incidencia es algo menor en otras toxicomanías (10 %), como el consumo de opiáceos y cocaína.

- Esquizofrenia: Enfermedad mental caracterizada por una alteración profunda del pensamiento, la afectividad y una percepción desorganizada y alterada de la realidad. Existe un riesgo de un 15 %. Se asocia a la actividad alucinatoria (oyen voces que no son reales y que les impulsan al suicidio) y a la depresión. Se da más en jóvenes, en los primeros cuatro años de evolución de la enfermedad y asociado a las repetidas agudizaciones de la misma.
- Trastornos de la personalidad: Como la personalidad borderline, que se caracteriza por disminución del coeficiente intelectual, depresión y abuso de drogas o alcohol.
- Síndromes mentales orgánicos (10 % del número total): Donde se incluyen la demencia y la enfermedad de Parkinson, fundamentalmente.

Historia de intentos y amenazas: Entre el 25 y el 50 % de los actos consumados tienen historia conocida de intentos previos. Existe una tendencia a repetir los mismos gestos suicidas.

Edad: Son grupos de alto riesgo los adolescentes y ancianos. En el varón la frecuencia aumenta con la edad, con una incidencia máxima a los 75 años. Consuman el suicidio 2-3 veces más que las mujeres. En las mujeres la edad de mayor incidencia está entre los 55 y 65 años. Intentan suicidarse 2-3 veces más que los hombres.

ESTUDIOS AL RESPECTO

Un estudio multicéntrico (4) realizado por la Asociación Española de Toxicología (AET) en 1990, a partir de 48 casos de pacientes con causticaciones graves –ingresados en UCIs de cinco hospitales públicos españoles-, verificaba el siguiente perfil: se trata de un paciente varón, de 47 años de edad, que ingiere –con fines suicidas (91,5%) – una única sustancia [con mayor frecuencia salfument (36 casos) y lejía (7 casos)]. A su llegada a urgencias han pasado 6 horas desde la ingesta (35 casos),

presentando vómitos, quemaduras orofaríngeas, dolor abdominal y reacción peritoneal. Se realiza diagnóstico endoscópico en el 43,8% de los casos; se observan lesiones grado III, localizadas sobre estómago (12 casos), esófago (9 casos) y duodeno .

Según los datos estadísticos de los años 1994-2001, recogidos en la Memoria del Servicio de Información Toxicológica (SIT), dependiente del Instituto Nacional de Toxicología, se registran 180,3 consultas telefónicas/100.000 habitantes relacionadas con casos de intoxicación. El 14,67% de esas consultas son hospitalarias y corresponden a productos que tienen características cáusticas, entre los que figuran productos de limpieza ácidos (7,6%) y álcalis (19%), lejía (32,6%), amoníaco (14,6%) y desengrasantes (13,4%).

La etiología médico-legal suicida responde del 6,8% de los casos hospitalarios que se consultan al SIT, destacando, por su mayor empleo, los productos de limpieza que llevan liberadores de cloro.

De la casuística recogida en el SIT en 2002 sobre productos de limpieza, ácidos y álcalis, lejía, amoníaco y desengrasantes que se consultan desde hospitales, se desprende el siguiente perfil de intoxicado: Se ven afectados más hombres (53,2%) que mujeres (46,8%), predominando la etiología accidental (74,8%), seguida por la suicida (13,1%) y la accidental laboral (8,7%); la principal vía de entrada es la oral (80,9%), seguida por la respiratoria (10,9%) y la ocular (3,3%). En el 97,3% de los casos se produce la exposición a un único producto. La edad media del intoxicado es de 24,9 años; la edad media pediátrica (hasta los 14 años) es de 3,4 años, mientras que en adultos es de 44,8 años.

Este perfil parece confirmarse en un estudio realizado en EEUU, en el que se describe que los hombres son más propensos a ingerir sustancias tóxicas con fines suicidas que las mujeres. Más del 70% de todos los suicidios en Estados Unidos son cometidos por hombres. Por raza, los blancos presentan una cifra de 71.4/100,000 para hombres de 85 años en 1994, y los negros 12.7/100,000 en 1994. Sin embargo, los intentos suicidas son más fre-

cuentes en mujeres (5). El método más común informado en los estudios como intento de suicidio es la ingestión de sustancias tóxicas en el 70% o sobredosis, al igual que las drogas o medicamentos (6). Cuando se relaciona el sexo con el tipo de cáustico ingerido se encuentra que las mujeres ingerían frecuentemente lejía (82.7%, 24 pacientes) y los varones ácido clorhídrico o ácido nítrico (62.55%, 10 pacientes). Se puede ver que los varones, por el tipo de sustancia cáustica ingerida (ácido) serían propensos al suicidio. No obstante, el estudio no evaluó ni discriminó la intención de la ingesta cáustica (suicidio, intento de suicidio).

La práctica de la endoscopia es controvertida en caso de pacientes asintomáticos, en relación con el tiempo post-ingesta, tipo de sustancia y extensión de la exposición (7). La exploración endoscópica permite clasificar a los pacientes según su potencial gravedad, estableciendo el tratamiento más conveniente, al tiempo que se disminuye de forma sustancial el coste por proceso al suspender la medicación y hospitalización innecesarias.

La endoscopia se contraíndica en una serie de circunstancias, como: obstrucción de la vía aérea superior, signos/síntomas de perforación, paciente inestable, shock y casos con más de 48 horas post-exposición.

Prevención del Suicidio

Creemos que la estrategia de una prevención a todos los niveles, desde una fabricación de seguridad, normas de educación sanitaria, campañas de información específica y directa, así como envasado ideal, inviolable, económico y con poca cantidad de cáustico, es fundamental para la reducción de este tipo de accidentes.

Otro factor de riesgo importante es que los cáusticos son trasvasados o almacenados en envases de bebidas y refrescos. La administración tiene una alta responsabilidad por permitir el uso de propaganda atractiva y por no hacer cumplir o no tener una legislación de fabricación de "seguridad". En

cuanto a las normas de educación sanitaria y prevención, las fundamentales deben ser:

1. Procurar disminuir el número de agentes de este tipo en el hogar y mantenerlos en un armario para tóxicos" cerrado bajo llave.

2. Estas sustancias se guardarán siempre en sus recipientes originales y nunca en frascos, botes y menos en envases que el niño confunda con refrescos y bebidas.

3. Las sustancias cáusticas nunca se almacenarán en las proximidades de los alimentos.

4. Los envases deben disponer de mecanismos seguros que imposibiliten su apertura por niños (envases de seguridad) bien con cierres basados en movimientos de presión y giro simultáneo, tapones de plástico con cierre a presión, etc. Lo ideal sería un envase inviolable, económico y con poca cantidad de tóxico.

5. Los envases deben disponer de un etiquetado claro, con la composición y peligros del producto, así como el tratamiento en caso de ingestión.

Señales de Alarma (8):

Cambio brusco de comportamiento o apariencia (aumento del consumo de alcohol y otras sustancias psicoactivas, aumento de la agresividad y la irritabilidad, aislamiento, etc.).

- Hablar, escribir y/o hacer chistes alrededor del tema de la muerte y/o el suicidio
- Hacer preparaciones para la muerte (testamento, despedidas, regalar sus cosas, etc.).
- Disminución del desempeño en la escuela o en el trabajo (o ausentismo).
- Pérdida de interés en las cosas que normalmente le importan a esa persona.
- Actitud de desesperanza e impotencia ante la vida.
- Pérdida de un ser querido.
- Cambios bruscos en los patrones de sueño.

- Alcoholismo.
- Estados depresivos severos.
- Intentos previos de suicidio.

Es sobre todo la combinación de factores lo que debe ser interpretado como señal de alarma.

Propuesta de ítems que deberían constar en la valoración de pacientes con tentativa suicida

A. Datos sociodemográficos. Es útil señalar la situación de soporte familiar y laboral, además de los datos generales estandarizados en la hoja de ingreso.

B. Motivo de ingreso:

1. Acude por propia iniciativa o es llevado por familiares, amigos, conocidos o por profesionales (policía, bomberos, etc.). Informan sobre la rescatabilidad.

2. Tentativa de suicidio. Método.

C. Historia breve y exploración psicopatológica:

1. Antecedentes psiquiátricos.

2. Antecedentes familiares de suicidio.

D. Antecedentes suicidas personales:

1. Tentativas de suicidio.

2. Número de intentos.

3. Tiempo transcurrido desde la última tentativa.

E. Características de la tentativa:

1. Método.

2. Gravedad somática:

a) Leve (primeros auxilios).

b) Moderada (24 horas en urgencias).

c) Grave (más de 24 horas de hospitalización).

3. Intención letal (gesto o autolesiones, tentativa o suicidio frustrado)

4. Rescatabilidad (“pide ayuda”, “deja pistas”, “descubrimiento accidental”).

5. Tipo e intensidad de los acontecimientos vitales asociados al acto suicida.

6. Nivel de adaptación social según el Eje V del DSM-IV.

F. Orientación diagnóstica. Criterios CIE-10 y DSM-IV.

G. Tratamiento y recomendaciones:

1. Si precisa psicofármacos, tipo y dosis.

2. Seguimiento. Lugar (hospital, ambulatorio).

3. Informar a la familia y al paciente del riesgo de repetición del acto suicida.

SUICIDIO O TENTATIVA DE SUICIDIO: MARCO LEGAL. CUESTIONES GENERALES DE POLITICA CRIMINAL

El auxilio e inducción al suicidio vienen regulados en el Art. 143 del C Penal (9) que dice en su punto 1: "El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de 4 a 8 años". Igualmente, en su punto 2 dice: "Se impondrá la pena de prisión de 2 a 5 años al que coopere con actos necesarios al suicidio de otra persona". En su apartado 3, dice que: "Será castigado con la pena de prisión de 6 a 10 años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte". Por último, en su apartado 4, dice: "El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo".

Aunque no la cite expresamente (ninguna normativa legal española lo hace), es evidente que el párrafo 4º es el aplicable en el caso de la eutanasia,

y llama la atención que, tal y como está redactado, pena solamente a la eutanasia activa (aquella en la que el actor causa directa y deliberadamente la muerte al enfermo), quedando fuera de un posible castigo la eutanasia pasiva, en la que el actor se limita a la no aplicación de medios extraordinarios para mantener con vida al paciente. La eutanasia pasiva consiste en retirar a un enfermo irreversible los medios necesarios para que pueda sobrevivir, o administrarle un tratamiento que mitigue su dolor pero que puede provocar su muerte.

Pero además, para que el juez estime que se trata de un caso de eutanasia (si no, se trataría de homicidio), *"la enfermedad debe ser incurable, debe estar próxima la muerte de la persona, la acción para causar la muerte debe ser necesaria, con esa acción una tercera persona libera al enfermo de un sufrimiento y, lo más importante, debe existir el consentimiento del enfermo o, si éste estuviere ya inconsciente, el de sus familiares directos"*. En este contexto, hablamos de eutanasia voluntaria cuando la persona afectada la solicita de un modo libre y expreso, y de eutanasia involuntaria cuando se practica a una persona que por su estado es incapaz de otorgar o no su consentimiento.

Por otra parte, es imprescindible siempre la acción de un tercero, pues en caso contrario estaríamos ante un suicidio, no ante una eutanasia. El intento frustrado de suicidio no está penado actualmente en España, ni en ningún otro país. Y en cuanto al consentimiento del enfermo, éste sólo es válido si es reiterado, realizado ante testigos, y el paciente es legalmente mayor de edad y dueño de sus actos. En el caso de una demencia avanzada, lógicamente, sería el familiar directamente responsable (o el tutor legal) quien debería expresar el debido consentimiento.

Que la proximidad de la muerte para la persona en cuestión esté clara, es también necesario para que los jueces estimen que se trata de un caso de eutanasia. Aunque el paciente cumpla con los demás requisitos, si la muerte no estuviese próxima, no se consideraría eutanasia, sino homicidio. Por tanto, el caso real del tetrapléjico gallego Ramón Sampedro,

sobre el que trata la célebre película de Alejandro Amenábar "Mar adentro" (que ha reavivado el tema en España en los últimos meses), no podría ampararse en el supuesto de una eutanasia, y lo que ocurrió fue que la Justicia nunca logró encontrar a la persona que preparó la disolución de cianuro potásico y la puso al alcance de Ramón.

Bajo un enfoque criminológico y ético moral los autores se preguntan si se debe o no castigar este delito, así, ¿se debe sancionar la disponibilidad de la vida? o ¿tiene uno derecho a suicidarse o esta prohibido? Los defensores de la no disponibilidad dicen que es el propio Estado quien debe evitar que se pierda la vida y consideran que si bien no es un acto ilícito esta prohibido, es decir, se prohíbe que una persona se quite la vida, pero no se castiga al que lo intenta y no lo consigue.

Se habla de razones humanitarias y de política criminal (Escuela tradicional). Frente a esta postura tradicional están los que abogan porque el derecho a la vida es propio y disponible de la persona como ser individual. Se cita la Constitución que ampara el trato humano y no degradante. Estos autores se preguntan: ¿si el suicidio es lícito porque el C. Penal castiga a aquellas personas que intervienen en un suicidio si este no está considerado como un acto ilícito? La respuesta que se da es que se castiga no al titular (porque puede tener problemas de estabilidad emocional, enfermedad mental, etc.), sino el que otra persona participe en la muerte de aquella pues sólo tiene el derecho a la disponibilidad el propio titular y nadie más.

El Art. 143 C. Penal castiga la participación de terceros pero hay distinciones, es decir, no se castiga de igual forma al inductor que al cooperante y, menos aun, al que llegare a ejecutar la muerte del otro. Tampoco se castiga este delito como un homicidio simple, sino como un tipo especial y atenuado del mismo según el grado de participación empleado.

CONCEPTO DE SUICIDIO

¿Qué significado etimológico tiene el suicidio?: "matarse así mismo de forma voluntaria. La propia Ley exige que la muerte querida ha de ser de una persona imputable en el sentido de que ha de tener una voluntad válida de morir (capacidad para tomar esa decisión). Esa capacidad no debe estar viciada por ninguna clase de violencia, intimidación o engaño. Además, el sujeto debe ser mayor de edad, no estar incapacitado judicialmente y que no intervenga precio, recompensa o promesa.

La muerte ha de provenir de dolo específico es decir, esperada o directamente querida (ha de conjuntarse la "voluntad" y el "querer") y, además; para que se consume el delito ha de producirse la muerte. Problema de la tentativa de suicidio: ¿cabe aquí la tentativa? El Art. 143 dice que se debe producir el resultado de muerte y la opinión mayoritaria se inclina por excluir la tentativa para los dos supuestos primeros del Art., 143 y castigarla para el supuesto regulado en el apartado 3 del Art., 143.

Como estamos viendo, el concepto de suicidio es complejo, para que se pueda calificar de suicidio tiene que concurrir varios presupuestos:

- 1.- Tiene que haber concepto de muerte.
- 2.- Tiene que haber lucidez de conciencia.
- 3.- Está también el concepto de realización "por sí mismo", pero no está tan claro que forme parte de los presupuestos que definen el suicidio, pues hasta que punto se precisa que sea uno mismo el que lleve a cabo la acción suicida.
- 4.- Tiene que haber intención y deseo de muerte.
- 5.- Hay también otro elemento que es el resultado de muerte. Si no hay muerte, no existe suicidio, sólo cabría hablar en este caso de tentativa de suicidio.

Están las amenazas suicidas, la mayoría de las personas que se suicidan previamente han advertido o avisado de su intención -no es cierta la creencia

errónea de que el que avisa o anuncia su suicidio no lo suele llevar a cabo.

Es muy importante para el criminólogo el tener en cuenta que la persona que tiene estos pensamientos le gusta sacarlos a la luz, hablar de ellos con el profesional, y por consiguiente, cuando se sospeche que la persona los pueda tener, hay que favorecer la comunicación y que nos exprese su pensar, no hay que tener miedo a hablar de ellos, por pensar que podamos provocar el suicidio, porque si realmente la persona no los abriga, no la vamos a inducir al suicidio.

Según estudios (10,11), es en la depresión el trastorno psiquiátrico donde se da con mayor frecuencia el suicidio, y un % muy elevado termina quitándose la vida. Otra enfermedad con porcentajes elevados de suicidio es el alcoholismo.

A veces el suicidio es el único síntoma de la esquizofrenia

En cuanto al estado civil, los solteros, separados y viudos son más propensos al suicidio.

Y la época del año elegida suele ser cuando la depresión es más frecuente: la primavera, el otoño y las épocas o fechas señaladas como navidad, año nuevo y un aniversario importante.

Los **objetivos** que nos planteamos a la hora de realizar nuestro trabajo fueron los siguientes:

- ◆ Determinar el perfil de la persona que acude al Hospital Universitario “Virgen de la Victoria” de Málaga para tratamiento sanitario por ingestión de cáusticos en el año 2005 y su etiología.
- ◆ Precisar la patología psiquiátrica de base, si la hubiese.

MATERIAL Y MÉTODO.

- Registro de endoscopias digestivas y revisión de Historias clínicas
- Estudio descriptivo observacional de corte transversal realizado en el H. U “Virgen de

la Victoria” de Málaga sobre 11 casos de pacientes cuyo motivo de ingreso en urgencias fue de intoxicación por ingesta de cáusticos, en el año 2005, a los que se les realiza endoscopia oral urgente (habiéndose excluido un caso por estar contraindicada la EDA (signos/síntomas de perforación). Las variables estudiadas son: edad, sexo, antecedentes psiquiátricos, época del año y etiología. El programa utilizado para su análisis ha sido Microsoft Excel.

RESULTADOS.

- Todas la ingesta voluntarias de cáusticos se producen en mujeres, un 75% con antecedentes de patología psiquiátrica. (Tabla nº 1).
- El 43% de la población estudiada con antecedentes de depresión, ingería las sustancias voluntariamente, frente a un 57% que lo hacía de forma accidental. (Tabla nº 3).
- Un 75% de los pacientes sin antecedentes psiquiátricos, ingirió de forma accidental las sustancias cáusticas, frente a un 25% que lo hizo voluntariamente. (Tabla nº 4)
- La ingesta voluntaria de cáusticos (con fines autolíticos) en pacientes con trastornos depresivos es un 18% superior a las personas que ingieren estas sustancias y que carecen de antecedentes psiquiátricos. (Tablas nº 3 y 4)

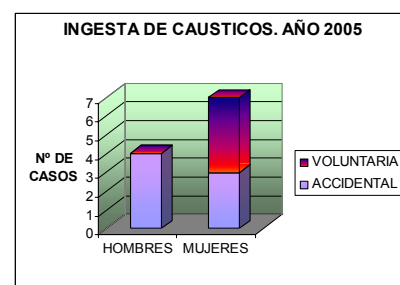


Tabla nº 1

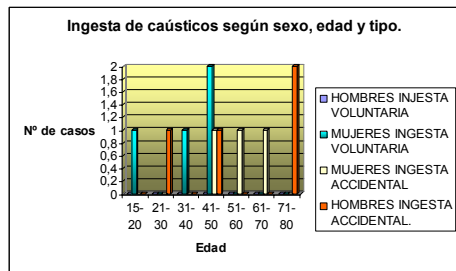


Tabla nº 2

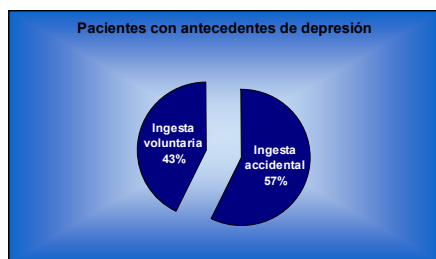


Tabla nº 3



Tabla nº 4

CONCLUSIONES

El perfil de la persona que acude al Hospital Universitario "Virgen de la Victoria" de Málaga, en el año 2005 por ingesta de cáusticos con fines autolíticos es de:

- Mujer, 46 años de edad aproximadamente, con antecedentes de depresión en el 75% de los casos, precisando ingreso hospitalario el 50% de ellas, con una estancia media de 3 meses, las cuales ya habían presentado intentos autolíticos anteriores de diferente naturaleza (ingesta medicamentosa, lesiones incisivas en antebrazos...).

- El perfil de la persona que acude por ingesta de cáusticos accidental, es de:
 - Varón, mayormente entre 71-80 años de edad.
- Es destacable la ausencia de casos autolíticos con fines suicidas en varones, en contradicción con algunos estudios vistos anteriormente. Según estudio de la AET (Asociación Española de Toxicología), en 1990 el perfil de estas personas sería de: Varón de 47 años.
- No existen registros de fallecimientos en el año 2005 por esta causa.
- En un 75%, las épocas del año en las que se producen estos casos son: Navidades- Reyes y primavera. Respondiendo a las épocas registradas en la mayoría de los estudios realizados al respecto, (coincidiendo cuando la depresión es más frecuente).
- En fase subaguda, durante las 3 primeras semanas, es donde se da la mayoría mortalidad y morbilidad. La mayoría de los pacientes que fallecen en este tiempo lo hacen como consecuencia de las complicaciones de la evolución espontánea o de las complicaciones. Las complicaciones respiratorias son también propias de esta fase y una causa frecuente también de fallecimientos son las complicaciones quirúrgicas. A más largo plazo son más raros los fallecimientos directamente relacionados con el tóxico.
- La mortalidad de esta patología ha ido descendiendo en las tres últimas décadas, de 20 al 1%, gracias a la disminución en las concentraciones permitidas para los diferentes productos, los envases de mejor calidad y debidamente rotulados, mejores técnicas de anestesia y cirugía, el mayor apoyo nutricional y mejores antibióticos.
- Los productos ingeridos con fines suicidas fueron: Agua fuerte, lejía, ácido clorhídrico.

- Respecto al ámbito legal, como viene determinado en el Art.143 del C.P sólo castiga la participación de terceros. En el análisis realizado de las historias clínicas no se hace mención a colaboración de terceros en los hechos.

BIBLIOGRAFIA

1. Manuel Antonio Núñez y otros. Suicidio y tentativa de suicidio: Un acercamiento a su génesis psicosocial. http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpZZV_AyFkAePHjoBkW.php#superior
2. Durkheim, Emile. El Suicidio. Madrid: Akal / Universitaria.1985
3. Actitud ante el suicidio y conducta autolesiva. Dr. Jorge Juan Fernández López. <http://www.saludalia.com>
4. E. Mencia. Intoxicación por causticos. Anales.2003.Vol. 26(1):191-208.
5. MOSCICKI EK: Gender defferences in completed and attempted suicides. Ann Epidemiol 1994; 4: 152 – 158
6. SMITH JC. MERCY JA, CONN JM: Marital status and the risk of suicide. Am J. Public health 1998; 78:78-80.
7. Rene Estay G, Gastr Latinoam, 2004; Vol.15, nº 2:75-80.
8. Los jóvenes y la salud: usted puede prevenir el suicidio. http://www.azprevention.org/Downloadable_Documents/depressionsuicideSPA5_21_02.pdf
9. Código Penal. 11ª edición actualizada septiembre 2005. Tecnos. Libro II. Título II
10. Flores sandi, Grettchen. El suicidio en la población femenina en Costa Rica. 1983-1993. *Medicina Legal. Costa Rica*, 1995, vol.11-12, no.2-1, p.29-35.
11. Casado blanco, M. Suicidios en mayores de 65 años en la provincia de Badajoz: análisis médico legal. *Cuad. med. Forense*, abr. 2002, no.28, p.25-32.

